

经济法教程

Economic Law

殷菲菲 张 敏 李克武/主编





说　明

本书电子版仅提供给高校任课教师使用，如有任课教师需要本书课件或其他相关教学资料，请联系北京大学出版社客服，微信手机同号：15600139606，扫下面二维码可直接联系。

由于教材版权所限，仅限任课教师索取，谢谢！



21世纪全国高等院校财经管理系列实用规划教材

经济法教程

主　编　殷菲菲　张　敏　李克武
副主编　刘莉琳　谢　滨



内 容 简 介

本书定位于满足应用型、技能型人才培养的需要，内容涵盖企业、公司、公司治理、合同、票据、证券、保险，也涉及一般被归类为市场规制法的反不正当竞争、消费者权益保护等法律制度以及知识产权、劳动及经济争议解决等法律制度。本书在编写过程中，设计了“学习目标”“课前案例”“例题”“知识要点提醒”等专栏，每章最后对本章进行小结，附中英文重要概念，以及适当的练习题和案例分析，讲练结合，以提高教材的利用效率。

本书可作为高等院校经济、管理类专业以及其他非法律专业的本科教材，也可作为企事业单位和社会相关机构培训经济管理人员的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

经济法教程/殷菲菲，张敏，李克武主编.—北京：北京大学出版社，2016.2

（21世纪全国高等院校财经管理系列实用规划教材）

ISBN 978-7-301-26314-3

Ⅰ.①经…　Ⅱ.①殷…②张…③李…　Ⅲ.①经济法—中国—高等学校—教材　Ⅳ.①D922.29

中国版本图书馆CIP数据核字（2015）第229301号

书　　名	经济法教程 Jingjifa Jiaocheng
著作责任者	殷菲菲　张　敏　李克武　主编
责任编辑	莫　愚
标准书号	ISBN 978-7-301-26314-3
出版发行	北京大学出版社
地　　址	北京市海淀区成府路205号　100871
网　　址	http://www.pup.cn　新浪微博：@北京大学出版社
电子信箱	pup_6@163.com
电　　话	邮购部62752015　发行部62750672　编辑部62750667
印 刷 者	
经 销 者	新华书店
	787毫米×1092毫米　16开本　20印张　473千字
	2016年2月第1版　2016年2月第1次印刷
定　　价	42.00元

目　　录

第1章　经济法导论 …… 1

1.1　经济法概述 …… 1
1.2　与经济法有关的基础知识 …… 4
本章小结 …… 9
课后习题 …… 10

第2章　个人独资企业法 …… 12

2.1　个人独资企业法概述 …… 12
2.2　个人独资企业的设立 …… 14
2.3　个人独资企业的投资人与事务管理 …… 16
2.4　个人独资企业的解散与清算 …… 18
本章小结 …… 19
课后习题 …… 20

第3章　合伙企业法 …… 23

3.1　合伙企业与合伙企业法 …… 23
3.2　普通合伙企业法 …… 24
3.3　有限合伙企业法 …… 31
3.4　合伙企业解散与清算 …… 34
本章小结 …… 35
课后习题 …… 36

第4章　公司法 …… 39

4.1　公司及公司法概述 …… 39
4.2　有限责任公司 …… 43
4.3　股份有限公司 …… 50
4.4　公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务 …… 55
4.5　公司的财务会计制度和利润分配 …… 58
4.6　公司合并、分立、解散和清算 …… 59
本章小结 …… 63
课后习题 …… 64

第5章　合同法 …… 67

5.1　合同法概述 …… 67
5.2　合同的订立 …… 70
5.3　合同的效力 …… 74
5.4　合同的履行 …… 79
5.5　合同的变更、转让和终止 …… 88
5.6　违约责任 …… 96
本章小结 …… 100
课后习题 …… 101

第6章　物权法 …… 105

6.1　物权法概述 …… 105
6.2　所有权制度 …… 114
6.3　用益物权制度 …… 121
6.4　担保物权制度 …… 124
本章小结 …… 133
课后习题 …… 134

第7章　知识产权法 …… 137

7.1　知识产权及其基本特点 …… 137
7.2　专利法 …… 139
7.3　商标法 …… 149
本章小结 …… 155
课后习题 …… 156

第8章　反不正当竞争法和反垄断法 …… 159

8.1　竞争法律制度概述 …… 159
8.2　反不正当竞争法 …… 161
8.3　反垄断法 …… 166
本章小结 …… 174
课后习题 …… 175

第9章 证券法 …… 177

9.1 证券法概述 …… 177
9.2 证券的发行 …… 185
9.3 证券的交易 …… 190
9.4 上市公司收购 …… 197
本章小结 …… 199
课后习题 …… 200

第10章 保险法 …… 203

10.1 保险法概述 …… 203
10.2 保险合同制度 …… 208
10.3 保险监管制度 …… 218
本章小结 …… 229
课后习题 …… 230

第11章 票据法 …… 232

11.1 票据概述 …… 232
11.2 汇票 …… 244
11.3 本票和支票 …… 248
本章小结 …… 251
课后习题 …… 252

第12章 消费者权益保护法 …… 255

12.1 消费者权益保护法概述 …… 255
12.2 消费者的权利与经营者的义务 …… 257
12.3 消费者权益的法律保护 …… 263
本章小结 …… 268
课后习题 …… 269

第13章 劳动法 …… 271

13.1 劳动法概述 …… 271
13.2 劳动合同 …… 273
13.3 劳动基准 …… 284
13.4 劳动争议 …… 288
本章小结 …… 290
课后习题 …… 291

第14章 经济仲裁与经济诉讼 …… 294

14.1 仲裁法 …… 294
14.2 民事诉讼 …… 301
本章小结 …… 309
课后习题 …… 310

参考文献 …… 313

第1章 经济法导论

学习目标

通过本章的学习，要求学生了解法律、法律关系、法律规范以及民事主体、代理的相关知识；掌握法律形式特征与本质特征、法律渊源；识别不同民事主体的行为能力及代理的效力。



课前案例

甲自幼深得其外祖母乙的疼爱。2010年冬天，甲(9岁)在乙家里居住。乙对甲说，你好好学习，我就奖励给你两万元钱，将来上大学用。其后乙以甲的名义在银行为甲存上两万元，并告知甲，甲听后非常高兴，回家后即将事情告诉其母亲丙。2014年6月，乙去世。丙兄妹三人在分遗产时，丙提出其母存入银行的两万元存款应当归甲所有，不能作为遗产；而丙的哥哥和妹妹都主张，该存款也为遗产，应当由他们兄妹三人共同继承。

问题：该存款是否为甲所有?

1.1 经济法概述

1.1.1 经济法的概念和特征

经济法在我国作为一个独立的法律部门已经没有太多的异议，但人们对经济法概念的理解和认识仍在不断地变化和发展中。本书认为，经济法是指调整国家在经济管理和协调社会经济活动中所形成的各种经济关系的法律规范的总称。作为一个独立的法律部门，经济法具有以下特征：

1. 经济性

这是经济法最本质的特征。因为经济法是调节社会经济之法，发挥作用的领域是社会的经济生活领域，所以经济法通常把经济制度和经济活动的内容和要求直接规定为法律，这就使得经济法必然要反映基本经济规律，揭示基本经济问题。

2. 社会性

经济法的社会性主要体现为经济法以社会为本位的特征。经济法是顺应国家干预社会经济生活的要求而产生和发展起来的，为国家干预社会经济生活提供了法律依据和保障，

其根本目标在于维护社会整体利益，促进社会经济的协调发展。

3. 政策性

经济法是国家调节经济活动、参与经济关系的产物，在此过程中，国家的经济体制和经济政策对经济法的发展和变化产生了重要影响，经济法也必须反映和回应社会经济生活和政治形势的变化，呈现出政策性的特性。这主要表现在经济法随时根据国家意志的需要赋予政策以法的效力，并随着经济体制和经济政策的变化而变化。

4. 综合性

经济法的综合性是由其所调整的社会经济关系的复杂性所决定的，表现为以下几个方面：一是法益的复合性。经济法不仅保护经济活动主体的个体法益，也保护不特定多数的社会法益，同时还保护作为公权力者的国家法益，而且三种法益并重。二是方法的多样性。经济法在调整经济关系时，不仅运用了民事、行政、刑事等传统方法，还采用了公私法融合的新型调整手段，如褒奖手段、专业暨社会性调整手段等。三是责任的多重性。在法律责任上，经济法实行民事责任、行政责任和刑事责任并举的方式，多角度、全方位地实现对社会经济活动的调控。四是规范的多元性。规范的多元性表现为实体规范与程序规范相结合，强行性规范、任意性规范与提倡性规范相结合，域内效力与域外效力相结合，公法规范与私法规范相结合等。

1.1.2 经济法的调整对象与范围

法的调整对象是一法区别于他法并作为独立法律部门而存在的根据。任何法律部门都有自身的调整对象，即该法所调整的独特的社会关系。但对于经济法调整对象，与经济法的概念一样，如何界定一直存在争议。基于前述对于经济法基本概念的认识，本书认为，经济法调整的是国家在经济管理和协调社会经济活动过程中所形成的各种经济关系。依其内容，可以把这种社会关系分为以下四种：

1. 宏观调控关系

现代市场经济的运行是一个极其复杂的过程，当经济运行到一定的程度，“市场之手”的缺陷就会暴露，其个体利益取向的单一性会令社会经济发展的整体陷入资源配置无序化与严重浪费的泥潭，社会迫切需要另一种凌驾于市场之上的力量对此进行规范与引导。任何国家任由其经济自然发展是远远不能适应经济发展的需要的，需要“国家之手”的适当干预与促进。我们把这种由于国家的引导和促进而产生的经济管理关系称为“宏观调控关系”。相应地调整这类经济关系的法律可称为“宏观调控法”，包括计划法、财政税收法、金融调控法等。

2. 微观规制关系

竞争是市场经济的必要要求，无竞争则无市场。然而竞争的过程会使市场主体之间力量的差距拉大，这一差距达到一定程度之后，垄断与限制竞争就随之产生；除了垄断，竞争的发展必然伴随着不正当竞争。不管是垄断还是不正当竞争，都会使市场机制失灵，严重者会使国家经济整体的发展受到影响。因此对市场这只“无形之手”的消极影响应由“国家之手”予以修正。同时由于垄断组织实力强大，不正当竞争普遍猖獗。为保证法律

的顺利实施，这些法律规定多以强制性规范为主，具体以反垄断法为龙头，还包含有反不正当竞争法、消费者权益保护法、产品质量法等，其意义在于对市场公平竞争障碍的排除，维护经济发展的微观秩序。

3. 组织管理关系

市场主体的组织管理关系是指市场主体的设立、变更、终止和市场主体内部组织机构在管理过程中发生的经济关系。调整这一关系的主要是企业法，包括个人独资企业法、合伙企业法、公司法、外商投资企业法、企业破产法等。

4. 社会保障关系

社会保障是国家赋予社会成员的一项基本权利。社会保障关系是国家在从事社会保障各项事业的过程中与劳动者及全体社会成员之间所形成的物质利益关系。市场经济强调效率、兼顾公平，既要克服平均主义，又要保障全体社会成员的基本生活。但是，市场本身解决不了这个问题，需要国家出面进行干预，建立互助互济、社会化管理的社会保障制度。在实施社会保障过程中发生的这类经济关系由经济法加以调整，以利于充分开发和合理利用劳动力资源，保护劳动者的基本生活权利，维护社会稳定，促进经济发展。调整这部分关系的主要有劳动法、保险法等。

1.1.3 经济法的渊源

经济法的渊源是指经济法规范借以表现或存在的形式，大致分为制定法、判例法、政策与惯例、学说与法理等。在大陆法系国家，占主导地位的经济法渊源是成文化的单行法规，政策、习惯也可以作为经济法的渊源，而学说与法理在法律适用中仅具有一定的指导意义，不能作为经济法的直接渊源。在英美法系国家，判例法一直占据着第一重要的位置，单行法规等制定法的地位举足轻重，学说与法理也发挥着一定的作用。与其他部门法领域不同的是，在经济法领域，鲜有成文的经济法典，更多的是经济单行法。在我国，经济法的渊源主要是制定法，包括《宪法》、法律法规、行政法规、政策和习惯等，至于判例、学说和法理在司法实践中往往也具有一定的指导意义。

具体来说，我国的经济法渊源除了《宪法》外，还包括：

（1）法律。这里的法律指的是狭义的理解，即仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件。如《反垄断法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》《产品质量法》《广告法》《中国人民银行法》《企业所得税法》《税收征收管理法》等。此外，全国人大及其常委会做出的具有规范性的决议、决定、规定、办法以及立法解释等，也属于经济法的渊源。在我国经济法的渊源中，其效力和地位仅次于宪法，是经济法最主要的渊源。

（2）行政法规。行政法规是指作为国家最高行政机关的国务院根据宪法和法律或者最高权力机关的授权而制定的规范性文件。在我国经济法的渊源中，行政法规的数量要远远多于法律，其效力和地位仅次于宪法和法律，是经济法的重要渊源。此外，国务院发布的规范性的决定和命令，同行政法规具有同等的法律效力，也属于经济法的渊源。

（3）地方性法规。省、自治区、直辖市，省、自治区的人民政府所在地的市，经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常委会，可以根据本地方的

具体情况和实际需要，在不与宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，制定地方性法规。如我国《反不正当竞争法》颁布实施后，全国先后有二十余个省、市制定了地方性的反不正当竞争条例。虽然地方性法规在效力上具有从属性，在适用范围上也具有地域局限性，但其是地方权力机关根据宪法的授权而制定的，同样具有法的效力，属于经济法的渊源。

（4）规章。规章是行政性法律规范文件，依其制定机关不同，可分为部门规章和地方规章。部门规章是指国务院各部、委、局及直属机构在本部门的许可范围内所制定的规范性文件，内容主要限于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。地方规章是指省、自治区、直辖市人民政府以及省、自治区人民政府所在地的市，经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府，依照法定职权和程序制定的规范性文件。虽然规章不属立法的范畴，但其是在执行法律、行政法规和地方性法规的基础上制定并施行的，也属于经济法的渊源。

（5）政策与习惯。政策是国家或政党为完成一定时期的任务而制定的活动准则。我国《民法通则》第 6 条规定，民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。因此，国家政策是当代中国法的非正式渊源之一，可以成为经济法的渊源。习惯是指人们在长期的生产、生活中所形成的一种行为规范。《民法通则》第 142 条第 3 款规定，中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。可见，在我国，经国家认可的习惯具有法的渊源的意义，可以作为经济法的渊源。而且在经济法领域，由于其具有很强的政策性，政策与惯例发挥作用的空间相对更大，作为法律渊源的地位也更突出。

（6）其他辅助渊源。经济法的辅助渊源，主要包括司法解释、行业自治规则、判例和学说等。司法解释指的是国家最高司法机关，主要是最高人民法院就司法实践中有关案件的审理和法律适用提出的指导性意见或解释。这种解释通常是有关法律适用的普遍性指导意见，一般采取规范性文件的形式发布，对市场主体具有普遍的约束力，因而可作为经济法的辅助渊源。行业自治规则是指市场主体就其组织、运作和内部关系而自主制定的规则，如公司章程、交易所业务规则、行业规约、标准合同或条款等。这些规则只要为法律法规所认可，对相关市场主体产生拘束力，而且在各自范围内处于有限适用的地位，可以作为经济法的辅助渊源。至于判例和学说，依我国法制传统，不是我国法的渊源，但对立法和司法活动起着直接或间接的作用，可谓经济法的间接渊源。

1.2 与经济法有关的基础知识

1.2.1 自然人

自然人是指基于自然生理规律出生的人。它包括我国的公民，也包括境内的外国人和无国籍人。作为民事主体的自然人必须具有民事权利能力和民事行为能力。

1. 民事权利能力

民事权利能力是指法律赋予民事主体享有民事权利和承担民事义务的资格。它是民事

主体参加民事活动的前提条件。权利能力不同于权利，它是法律赋予的，不能放弃。

我国公民的民事权利能力始于出生，终于死亡。公民的民事权利能力具有普遍性、平等性和不可转让性。

自然人只有在出生时是活着的，才能成为民事法律关系主体，胎儿不具有民事权利能力，但法律在一些特殊情况下亦保护其利益，如遗产分割。

公民的权利能力终于公民的死亡。死亡可以分为生理死亡和宣告死亡。生理死亡也称自然死亡，应以医学上公认的死亡时间为准。宣告死亡是人民法院依照法定程序对失踪人死亡的推定。公民有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告其死亡：一是下落不明满4年的；二是因意外事故下落不明，从事故发生之日起满2年的。战争期间下落不明的，下落不明时间从战争结束之日起计算。

2. 民事行为能力

民事行为能力是指民事主体能够以自己的行为进行民事活动、取得民事权利和承担民事义务的资格。民事行为能力不仅是实施法律行为的能力，也包括对违法行为承担责任的能力。

自然人的民事行为能力不是与生俱来的。根据自然人的年龄和智力发育的不同阶段和其他有关情况，我国民法将自然人的民事行为能力分为完全民事行为能力、限制民事行为能力和无民事行为能力三种。

1）完全民事行为能力人

完全民事行为能力人是指可以独立进行民事活动的自然人。18周岁以上的成年人是完全民事行为能力人。另外，16周岁以上不满18周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

2）限制民事行为能力人

限制民事行为能力人是指只有部分民事行为能力的自然人。10周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人。限制民事行为能力人可以进行与其年龄、智力、精神状况相适应的民事活动，其他民事活动由其法定代理人代理或征得法定代理人的同意才能进行。

3）无民事行为能力人

无民事行为能力人是指不具有以自己的行为独立进行民事活动能力的自然人。不满10周岁的未成年人和完全不能辨认自己行为的精神病人，是无民事行为能力人，其民事活动由其法定代理人代理，即监护人代理，法定代理人即监护人。被监护人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。

但是，无民事行为能力人和限制民事行为能力人接受奖励、赠予、报酬、赔偿费或者进行其他对本人有利而不损害他人权益的行为，应予以保护。

1.2.2 法人

1. 法人的概念与特征

与自然人一样，法人是一种重要的民事主体。法人制度是商品经济发展的产物，是伴随着商品经济的发展而逐步确立起来的一项重要的民事法律制度。一般认为，法人是具有

民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。法人是社会组织在法律上的人格化，它同自然人一样可以参加民事活动、享有民事权利、承担民事义务。

法人是一种具有人格的社会组织。与其他民事主体相比，法人具有以下三个显著特征：

（1）法人是一种独立的组织体。自然人是一种生命体，须以生命的存在为前提作为民事主体。法人是一种社会组织，它可以是社团也可以是财团，可以是机关也可以是企业；但必须是一个集合体，必须有稳定的、独立的组织机构，才能形成不同于其成员的法人意志，从而独立从事民事活动。因此，法人必须以独立组织结构的存在为前提才能作为民事主体。

（2）法人须拥有独立的财产。法人是一种民事主体，必然参与大量民事活动，而所有民事活动均与财产具有直接或间接的联系。因此，能够作为法人的社会组织必须拥有独立财产。所谓独立财产，是指法人必须拥有归其所有、由其支配的财产。这些财产应当与国家的财产、他人的财产、成员的财产严格相分离。拥有独立财产是社会组织作为法人的必要条件，无财产即无人格。

（3）法人具有独立的人格。法人是一种具有独立人格的社会团体，唯此才能依法享有民事权利能力和民事行为能力。其独立人格具体表现为：①独立身份。能够以自己的名义独立参与民事活动、独立享有民事权利、承担民事义务。②独立意志。可以自主决定自己的民事活动、支配自己的民事行为。法人的意志完全取决于成员的个人意志。③独立利益。这是其作为独立民事主体的内在要求。因此，法人均具有与其成员不完全相同的独立利益要求。

2. 法人设立的条件

法人是一种社会组织，但并非任何社会组织都是法人。只有具备下述四个条件的社会组织才能具有法人资格。

（1）依法成立。依法成立是指法人的设立须具有法律依据、符合法定程序。所谓具有法律依据，是指任何法人的设立都须以相应的法律、法规为依据。所谓符合法定程序，是指任何法人的设立均须依照法定程序的要求，依法办理有关手续。

企业法人的设立，经工商行政机关核准登记，取得企业法人营业执照，营业执照签发日期为企业法人成立之日。在公益法人中，有独立经费的机关从成立之日起，具有法人资格。具备法人条件的事业单位、社会团体，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。凡是未依法设立的社会组织，均不具备法人资格。

（2）有必要的财产或者经费。这是确保法人独立进行民事活动，承担民事责任的物质基础。至于财产或经费的确切数额，要依据法人设立的宗旨、任务等情况来确定。没有必要的财产或经费，不能取得法人资格。

（3）有自己的名称、组织机构和场所。法人的名称与公民的姓名一样，是标志法人的符号，是使法人特定化的标志。法人的组织机构是对内管理法人事务、对外进行民事活动的常设机构，通常包括权力机构、执行机构和监督机构，还须有相应数量的工作人员。法人的场所是法人办事机构的所在地和从事业务活动的固定地点。法人的主要办事机构所在

地为法人的住所。

(4) 能够独立承担民事责任。法人是独立的实体，不仅有独立的财产，而且能够以自己的全部财产对自己的行为独立承担民事责任。法人的财产和责任应与其成员的财产和责任各自独立。法人成员依法履行出资义务后，其个人财产与出资后归法人所有的财产严格相分离。法人成员仅以其出资财产为限对法人承担有限责任，法人则应以其全部财产对外独立承担民事责任。

3. 法人的民事行为

作为独立的民事主体，与自然人一样，法人具有相应的民事权利能力、民事行为能力和民事责任能力。但是，由于法人与自然人毕竟是不同的民事主体，所以其所具有的各种能力均与自然人有别。

(1) 法人的民事权利能力。这是指法人作为民事主体，参与民事活动，享有民事权利并承担民事责任的资格。法人的民事权利能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。其权利能力的范围受自身性质的限制，取决于法律、法人章程的规定。

(2) 法人的民事行为能力。这是指法人通过自己的行为，为自己取得民事权利和承担民事义务的资格。法人的民事行为能力与其民事权利能力同时产生，同时消灭，而且其行为能力不能超出其权利能力的范围。法人的民事行为能力通过法人的法定代表人或代理人的活动来实现。法定代表人是指依照法律、法人章程规定，代表法人行使职权的负责人。如董事长、厂长、经理等。法定代表人不需另行授权，而代理人则必须经过法人的授权，才能以法人的名义进行民事活动。法人机关或代表人的行为即为法人的行为，法人应承担由此产生的民事法律后果。

(3) 法人的民事责任能力。法人的民事责任能力是指法人对自己实施违法行为造成的法律后果，应当承担相应民事责任的能力。这是其作为独立民事主体的基本要求。

1.2.3 代理

1. 代理的概念和特征

代理是指代理人在代理权限内，以被代理人的名义与第三人实施法律行为，由此产生的法律后果直接由被代理人承担的一种法律制度。代理关系的主体包括代理人、被代理人(亦称本人)和第三人(亦称相对人)。代理人是代理被代理人实施法律行为的人；被代理人是代理人替自己实施法律行为的人；第三人是与代理人实施法律行为的人。代理关系包括三种关系：一是被代理人与代理人之间的代理权关系；二是代理人与第三人之间的实施法律行为的关系；三是被代理人与第三人之间的承受代理行为法律后果的关系。

代理具有以下特征：

(1) 代理人以被代理人的名义实施法律行为。根据《民法通则》的规定，代理人必须以被代理人的名义实施法律行为。非以被代理人的名义而以自己的名义代理他人实施法律行为，不属代理行为，如行纪、寄售等受托处分财产的行为。我国《民法通则》对代理的这一要求，与英美法系中的代理具有不同的意义，也不同于我国对外贸易活动中的代理行为。

(2) 代理人直接向第三人进行意思表示。代理行为的目的在于与第三人设立、变更或

终止权利义务关系。因此，只有代理人直接向第三人进行意思表示，才能实现代理制度的目的。这使代理行为与其他委托行为，如代人保管物品等行为区别开来。

（3）代理人在代理权限内独立地进行意思表示。代理人在代理权限内，有权根据情况，独立地进行判断，并进行意思表示。非独立进行意思表示的行为，不属代理行为，如传递信息、居间行为等。

（4）代理行为的法律效果直接归属于被代理人。尽管代理行为是在代理人与第三人之间进行的，但却在被代理人与第三人之间设立、变更或终止了某种权利义务关系，因此，其法律后果当然也应由被代理人承担。该法律后果既包括对被代理人有利的法律后果，也包括不利的法律后果。这使代理行为与无效代理行为、冒名欺诈等行为区别开来。

2. 代理的适用范围

代理适用于民事主体之间设立、变更或终止权利义务的法律行为，同时也适用于法律行为之外的其他行为，如申请行为、申报行为、诉讼行为等。

但是，依照国家法律规定或行为性质必须由本人亲自进行的行为，则不能代理，如遗嘱、婚姻登记、收养子女等。又如，约稿、预约绘画、演出等具有严格人身性质的行为，也不适用代理。被代理人无权进行的行为不能代理。此外，根据法律规定，只有某些民事主体才能代理的行为，他人不得代理，如代理发行证券只能由有证券承销资格的机构进行。违法行为也不得适用代理。

3. 代理的种类

根据我国《民法通则》第64条的规定，代理可分为以下几种：

（1）委托代理。这是基于被代理人的委托而发生的代理。被代理人的委托可以基于授权行为发生，也可依据合伙关系、职务关系等发生。委托代理中的授权行为一般以代理证书(亦称授权委托书)的形式表现。根据《民法通则》第65条的规定，代理证书应当载明代理人的姓名或名称、代理事项、代理的权限范围和代理权的有效期限，并且由委托人签名或者盖章。授权委托书授权不明的，被代理人应当对第三人承担民事责任，代理人负连带责任。

（2）法定代理。这是基于法律的直接规定而发生的代理。法定代理通常适用于被代理人是无民事行为能力人、限制行为能力人的情况。

（3）指定代理。这是基于人民法院或者指定单位的指定行为而发生的代理。指定代理适用于被代理人既无委托代理人又无法定代理人，而又有特定事项需要代理人代理的情况。

4. 代理权的行使

（1）代理权行使的一般要求。代理人行使代理权必须符合被代理人的利益，不得利用代理权为自己谋取私利，必须做到勤勉尽责、审慎周到，以实现和保护被代理人的利益。

（2）代理权滥用的禁止。代理人不得滥用代理权。常见的代理权滥用的情况有：①代理人与自己进行民事活动；②代理双方当事人进行同一民事行为；③代理人与第三人恶意串通损害被代理人的利益。法律禁止代理权的滥用。滥用代理权的行为，视为无效代理。代理人滥用代理权给被代理人及他人造成损害的，必须承担相应的赔偿责任。

5. 无权代理

(1) 无权代理的概念。无权代理是指没有代理权而以他人名义进行的民事活动。无权代理包括三种情况：一是没有代理权的代理；二是超越代理权的代理；三是代理权终止后而为的代理。

(2) 无权代理的法律后果。在无权代理的情况下，如果经过本人追认或者本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，无权代理人所为代理行为，善意相对人有理由相信其有代理权，在此情形下，被代理人应当承担代理的法律后果。这主要是为了保护善意的无过失当事人的利益。学界将此种情况称为"表见代理"。表见代理的情形有：被代理人对第三人表示已将代理权授予他人，而实际并未授权；被代理人将某种有代理权的证明文件(如盖有公章的空白介绍信、空白合同文本、合同专用章等)交给他人，他人以该种文件使第三人相信其有代理权并与之进行法律行为；代理授权不明；代理人违反被代理人的意思或者超越代理权，第三人无过失地相信其有代理权而与之进行法律行为；代理关系终止后未采取必要的措施而使第三人仍然相信行为人有代理权，并与之进行法律行为。

除上述几种情况之外，无权代理均不得对被代理人产生任何法律效力。无权代理行为视同无效民事行为，并产生与之相同的法律后果。

【例题 1-1 多选题】 2015年6月5日，甲授权乙以甲的名义将甲的一台笔记本电脑出售，价格不得低于8 000元。乙的好友丙欲以6 000元的价格购买。乙遂对丙说："大家都是好朋友，甲说最低要8 000元，但我想6 000元卖给你，他肯定也会同意的。"乙遂以甲的名义以6 000元的价格将笔记本电脑卖给丙。下列说法中，正确的有(　　)。

A. 该买卖行为无效　　B. 乙是无权代理行为

C. 乙可以撤销该行为　　D. 甲可以追认该行为

【答案】 BD

本 章 小 结

经济法是指调整国家在经济管理和协调社会经济生活中所形成的各种经济关系的法律规范的总称。经济法具有经济性、社会性、政策性、综合性的特征。本章我们系统地介绍了经济法的概念和特征、经济法的调整对象与范围、经济法的渊源等知识。在此基础上介绍了经济法有关的法律基础知识，如自然人、法人、代理的相关知识，使读者对经济法有基本的了解和认识。



重要概念

经济法(Economic Law)、法律渊源(Legal Source)、自然人(a Natural Person)、法人(Legal Person)、代理(Agent)、表见代理(Agency by Estoppel)



课后习题

一、简答题

1. 自然人的民事行为能力的分类有哪些?

2. 什么是表见代理?

二、不定项选择题

1. 李强8周岁，根据我国法律规定，他的下列行为无效的有(　　)。

A. 参加学校作文比赛接受学校奖励的一支贵重钢笔

B. 接受同学父母赠送的一个书包

C. 为邻居照看3岁的小孩两小时，接受邻居支付的10元报酬

D. 自作主张将自家的电脑卖给邻居

2. 张某开了一家小商店，某日，张某因急事需要离开，遂叫来店看望自己的好友王某代为看店。恰好赵某到商店购物，王某将店里挂着的一套西服以市价卖给了赵某。不料，该西服是张某的弟弟准备结婚用的，张某赶紧找到赵某，要求退衣还款，赵某不同意，为此引发纠纷。下列说法中正确的是(　　)。

A. 王某的行为是无权代理，买卖行为无效

B. 王某的行为是表见代理，买卖行为有效

C. 西服买卖显失公平，赵某应该退衣还款

D. 西服买卖乘人之危，赵某应该退衣还款

3. 2014年3月，甲公司聘用乙为业务经理，委托其负责与丙公司的业务往来。2015年4月，甲公司将乙解聘，但未收回乙所持盖有甲公司公章的空白合同书，亦未通知丙公司。同年5月，乙以甲公司业务经理的身份，持盖有甲公司公章的空白合同书，与丙公司签订了一份买卖合同。下列关于该买卖合同效力的说法中，正确的是(　　)。

A. 合同无效　　B. 合同有效

C. 合同效力待定　　D. 合同可变更、可撤销

4. 根据《民法通则》的规定，被代理人出具的授权委托书授权不明的，应当由(　　)。

A. 被代理人对第三人承担民事责任，代理人不负责任

B. 代理人对第三人承担民事责任，被代理人不负责任

C. 被代理人对第三人承担民事责任，代理人负连带责任

D. 先由代理人对第三人承担民事责任，代理人无法承担责任的，由被代理人承担责任

5. 甲是乙公司采购员，已离职。丙公司是乙公司的客户，已被告知甲离职的事实，但当甲持乙公司盖章的空白合同书，以乙公司的名义与丙公司洽购100吨白糖时，丙公司仍然与其签订了买卖合同。根据合同法律制度的规定，下列表述中正确的是(　　)。

A. 甲的行为构成无权代理，合同效力待定

B. 甲的行为构成无权代理，合同无效

C. 丙公司有权在乙公司追认合同之前行使撤销权

D. 丙公司可以催告乙公司追认合同，如乙公司在一个月内未作表示，合同有效

6. 根据代理法律制度的规定，下列情形中，构成无权代理的有(　　)。

A. 甲公司法定代表人超越权限以本公司名义为其他公司提供担保

B. 乙冒用同学名义领取了同学的薪水并据为己有

C. 丙以其朋友名义给朋友暗恋的女孩写情书

D. 某推销员谎称丁的邻居订购了一套健身设备，要求丁代收，丁信以为真，代邻居收下了该套设备并付款

7. 下列各项中，属于有效民事行为的有(　　)。

A. 甲因故处于十分危急的境地，遂向乙借款，乙拒绝借款，但表示愿意按照市场价格购买甲的祖传珍宝一件，甲无奈只得同意

B. 王某患有间歇性精神病，在其患病期间模仿电视剧情节写下遗嘱

C. 刘某与其外甥小周约定，如果小周考上重点小学，则赠予其2万元

D. 某照相机实际价格为7 998元，营业员赵某误看为1 998元并售出

三、案例分析题

白毛女是一个众所周知的故事，故事的形式无论是歌剧、电影还是芭蕾舞剧都已经成为中国文艺创作的经典。以卖豆腐为生的杨白劳借了财主黄世仁的钱，因家境困难，无法偿还，只能外出躲债。大年三十回到家里，本以为这笔债务今年就躲过去了，想过一个安稳年。没想到在大年三十的晚上，黄世仁还是派了管家穆仁智上门讨债。在杨白劳无法偿还的情况下，强迫杨白劳同意以女儿喜儿抵债，并强行将喜儿带走。杨白劳走投无路，喝卤水自尽，喜儿在黄家受尽欺侮，逃进深山，头发变白，成为白毛女。

问题：

从表面上看，这是一个简单的债权债务纠纷案件，杨白劳是债务人，黄世仁是债权人。杨白劳欠债，理应偿还。近年来也确有不少人以这样的观点来解读这个故事。然而历史上这个故事却激起了人们对黄世仁及当时社会极大的愤怒，为什么欠债还钱这样一个似乎是天经地义的事却激起人们对欠债人的同情和对放债人的痛恨？请透过债权债务关系的表象，探究分析债权债务关系所依存的法律制度的本质。

第2章 个人独资企业法

学习目标

通过本章的学习，要求学生了解《个人独资企业法》的立法目的和法律价值，通过典型案例分析，使学生掌握个人独资企业的概念、特征，个人独资企业的设立、投资人的要求；掌握个人独资企业的事务管理；理解个人独资企业的解散与清算。

课前案例

万方经济咨询事务所系李某个人在甲市投资设立的个人独资企业，营业执照的签发日期为2015年7月8日。

问题：

(1) 2015年7月8日前，万方经济咨询事务所可否从事经济活动？为什么？

(2) 该所可以设立分支机构吗？其民事责任由谁承担？

(3) 如果该所的经营范围为"主营经济咨询，兼营电脑设备、文化用品"，那么该所是否可以适当经营化妆品业务？为什么？

(4) 如果李某委托王某管理该所，应办理什么手续？在该所的经营活动中，王某不得有哪些行为？

2.1 个人独资企业法概述

2.1.1 个人独资企业的概念与特征

1. 个人独资企业的概念

《个人独资企业法》于1999年8月30日由第九届全国人大常委会第十一次会议通过并公布，自2000年1月1日起施行。该法共6章18条。该法第2条规定的独资企业的概念是：本法所称个人独资企业，是指依照本法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

2. 个人独资企业的特征

个人独资企业具有以下特征：

(1) 投资主体方面的特征。个人独资企业仅由一个自然人投资设立。这是独资企业在

投资主体上与合伙企业和公司的区别所在。我国合伙企业法规定的普通合伙企业的投资人尽管也是自然人，但人数为2人以上；公司的股东通常为2人以上，而且投资人不仅包括自然人，还包括法人和非法人组织。当然，在一人有限责任公司的场合，出资人也只有1人。根据《个人独资企业法》的规定，设立个人独资企业只能是一个自然人，国家机关、国家授权投资的机构或者国家授权的部门、企业、事业单位等都不能作为个人独资企业的设立人。自然人本无国籍的含义，既包括中国公民，也应包括外国公民，但是，《个人独资企业法》第47条规定，外商独资企业不适用本法，因此，《个人独资企业法》所指的自然人只指中国公民。

(2) 企业财产方面的特征。个人独资企业的全部财产为投资人个人所有，投资人(也称业主)是企业财产(包括企业成立时投入的初始出资财产与企业存续期间积累的财产)的唯一所有者。

(3) 责任承担方面的特征。个人独资企业的投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任。这是在责任形态方面独资企业与公司(包括一人有限责任公司)的本质区别。所谓投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任，包括三层意思：

① 企业的债务全部由投资人承担；

② 投资人承担企业债务的责任范围不限于出资，其责任财产包括独资企业中的全部财产和其他个人财产；

③ 投资人对企业的债权人直接负责。

(4) 个人独资企业的内部机构设置简单，经营管理方式灵活。

(5) 主体资格方面的特征。个人独资企业不具有法人资格。尽管独资企业有自己的名称或商号，并以企业名义从事经营行为和参加诉讼活动，但它不具有独立的法人地位。这一特点与合伙企业相同而区别于公司。

【例题2-1多选题】 张某出资设立了甲个人独资企业。在经营过程中，张某以甲个人独资企业的名义与乙公司签订了一份合同。下列说法不符合《个人独资企业法》规定的有(　　)。

A. 张某不能以甲个人独资企业的名义与乙公司签订合同

B. 张某可以以甲个人独资企业的名义与乙公司签订合同

C. 如果乙公司违约，张某只能以自然人的名义对乙公司提起民事诉讼

D. 如果乙公司违约，张某可以以甲个人独资企业的名义对乙公司提起民事诉讼

【答案】 AC

2.1.2 个人独资企业法的概念和基本原则

1. 个人独资企业法的概念

个人独资企业法有广义和狭义之分。广义的个人独资企业法，是指国家关于个人独资企业的各种法律规范的总称；狭义的个人独资企业法是指1999年8月30日第九届全国人大常委会第十一次会议通过的《个人独资企业法》，该法共6章48条。

2. 个人独资企业法的基本原则

我国《个人独资企业法》遵循下列基本原则：

(1) 依法保护个人独资企业的财产和其他合法权益。

(2) 个人独资企业从事经营活动必须遵守法律、行政法规，遵守诚实信用原则，不得损害社会公共利益。

(3) 个人独资企业应当依法履行纳税义务。

(4) 个人独资企业应当依法招用职工。

(5) 个人独资企业职工的合法权益受法律保护。

2.2 个人独资企业的设立

2.2.1 个人独资企业的设立条件

1. 投资人为一个自然人

个人独资企业的投资人必须是一个人，而且只能是一个自然人。此处所称的自然人只能是具有中华人民共和国国籍的自然人，不包括外国的自然人，所以外商独资企业不适用独资企业法，而适用外资企业法。根据规定，国家公务员、党政机关领导干部、警官、法官、检察官、商业银行工作人员等，不得作为投资人申请设立个人独资企业。

【例题 2-2 单选题】 下列人员中，可以成为我国个人独资企业投资人的是(　　)。

A. 美国公民甲，在中国居住达 10 年以上

B. 美国公民乙，一周前取得了中国国籍

C. 中国公民丙，正在停职反省的法官

D. 中国公民丁，即将退休的财政局科长

【答案】 B

2. 有合法的企业名称

企业只准使用一个名称，在登记主管机关辖区内不得与已登记注册的同行业企业名称相同或者近似。个人独资企业的名称中不得使用“有限”“有限责任”或者“公司”字样，个人独资企业的名称可以叫厂、店、部、中心、工作室等。

3. 有投资人申报的出资

《个人独资企业法》对设立个人独资企业的出资数额未作限制。根据国家工商行政管理局《关于实施(个人独资企业登记管理办法)有关问题的通知》的规定，设立个人独资企业可以用货币出资，也可以用实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资。采取实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资的，应将其折算成货币数额。投资人申报的出资额应当与企业的生产经营规模相适应。投资人可以个人财产出资，也可以家庭共有财产作为个人出资。以家庭共有财产作为个人出资的，投资人应当在设立(变更)登记申请书上予以注明。

4. 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件

生产经营场所包括企业的住所和与生产经营相适应的处所。住所是企业的主要办事机构所在地，是企业的法定地址。

5. 有必要的从业人员

即要有与其生产经营范围、规模相适应的从业人员。

【例题2-3单选题】 某个人独资企业的投资人以家庭共有财产作为出资，根据《个人独资企业法》的规定，下列关于投资人应对个人独资企业债务承担责任的表述中，正确的是（　　）。

A. 投资人以其个人财产承担无限责任

B. 投资人以其出资额为限承担责任

C. 投资人以家庭共有财产承担无限责任

D. 投资人以企业财产为限承担责任

【答案】 C

2.2.2 个人独资企业的设立程序

个人独资企业的设立采取直接登记制，即设立独资企业无须经过任何部门的审批，而由投资人根据设立准则直接到工商行政管理部门申请登记。

1. 个人独资企业设立申请

个人独资企业的申请人是个人独资企业的投资人。投资人也可以委托其代理人向个人独资企业所在地的登记机关申请设立登记。投资人申请设立独资企业，应向登记机关提交下列文件：

（1）设立申请书。设立申请书应包括下列事项：

① 企业的名称和住所（个人独资企业以其主要办事机构所在地为住所）；

② 投资人的姓名和居所；

③ 投资人的出资额和出资方式；

④ 经营范围。

（2）投资人身份证明。

（3）生产经营场所使用证明等文件。

由委托代理人申请设立登记的，应当出具投资人的委托书和代理人的合法证明。

2. 登记机关核准登记与企业成立

个人独资企业实行准则设立的原则，即个人独资企业依《个人独资企业法》规定的条件设立。登记机关应当在收到设立申请文件之日起15日内，对符合《个人独资企业法》规定条件者，予以登记，发给营业执照；对不符合《个人独资企业法》规定条件者，不予登记，并给予书面答复，说明理由。个人独资企业营业执照的签发日期为独资企业的成立日期。

3. 分支机构登记

个人独资企业设立分支机构，应当由投资人或者其委托的代理人向分支机构所在地的登记机关申请设立登记。

【例题2-4单选题】 自然人甲拟设立个人独资企业。下列表述中符合个人独资企业法律制度规定的是（　　）。

A. 该个人独资企业名称中可以使用“公司”字样，但是不得使用“有限”或者“有限责任”字样

B. 甲只能以其个人财产投资，不得以其家庭共有财产出资

C. 甲可以根据业务需要，申请设立个人独资企业的分支机构

D. 设立后的个人独资企业可以依法申请贷款，但不能取得土地使用权

【答案】 C

2.3 个人独资企业的投资人与事务管理

2.3.1 个人独资企业的投资人

1. 个人独资企业投资人的条件

个人独资企业投资人，是指以其财产投资设立独资企业的自然人。投资人只能是一个自然人；投资的财产必须是私人所有的财产。关于独资企业投资人的条件，《个人独资企业法》并未规定其积极条件，而只规定了其消极条件。该法第16条规定：法律、行政法规禁止从事营利性活动的人，不得作为投资人申请设立个人独资企业。我国现行法律、行政法规所禁止从事营利性活动的人包括：

（1）法官，即凡取得法官任职资格、依法行使国家审判权的审判人员；

（2）检察官，即凡取得检察官任职资格、依法行使国家检察权的检察人员；

（3）人民警察；

（4）国家公务员。

2. 个人独资企业投资人的权利

（1）个人独资企业投资人对企业财产享有所有权。独资企业成立时的出资和经营过程中积累的财产都归独资企业的投资人所有。

（2）个人独资企业的投资人的有关权利可以依法进行转让或继承。

3. 个人独资企业投资人的责任

个人独资企业投资人对企业债务承担无限责任。依照《个人独资企业法》第18条的规定，个人独资企业在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

2.3.2 个人独资企业的事务管理

1. 个人独资企业事务管理的方式

（1）投资人有权自主选择企业事务的管理形式。个人独资企业事务管理主要有三种模式：

① 自行管理。即由个人独资企业的投资人本人对本企业的经营事务直接进行管理。

② 委托管理。即由个人独资企业的投资人委托其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。

③ 聘任管理。即个人独资企业的投资人聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。

（2）委托或聘用管理应签订书面合同。委托管理，须由投资人与受托人签订书面合同，明确委托的具体内容和授予的权利范围。聘用他人管理企业事务，须由投资人与被聘用的人签订书面合同，明确委托的具体内容和授予的权利范围。投资人委托或者聘用的人员管理个人独资企业事务时违反双方订立的合同，给投资人造成损害的，应承担民事赔偿责任。

（3）投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制，不得对抗善意第三人。所谓第三人是指除受托人或被聘用的人员以外与企业发生经济业务关系的人。所谓善意第三人是指第三人在就有关经济业务事项交往中，没有从事与受托人或者被聘用的人员串通，没有故意损害投资人的利益的人。个人独资企业的投资人与受托人或者被聘用的人员之间有关权利义务的限制只对受托人或者被聘用的人员有效，对第三人并无约束力，受托人或者被聘用的人员超出投资人的限制与善意第三人的有关业务交往应当有效。

【例题2-5单选题】 个人独资企业投资人甲聘用乙管理企业事务，同时对乙的职权予以限制，凡乙对外签订标的额超过1万元的合同，须经甲同意。某日，乙未经甲同意与善意第三人丙签订了一份标的额为2万元的买卖合同。下列关于该合同效力的表述中，正确的是（　　）。

A. 该合同有效，但如果给甲造成损害，由乙承担民事赔偿责任

B. 该合同无效，如果给甲造成损害，由乙承担民事赔偿责任

C. 该合同为可撤销合同，可请求人民法院予以撤销

D. 该合同无效，经甲追认后有效

【答案】 A

2. 受托人或者被聘用的管理人的义务

受托人或者被聘用人应当履行诚信、勤勉义务，按照与投资人签订的合同负责个人独资企业的事务管理。

根据《个人独资企业法》第20条的规定，投资人委托或者聘用的管理个人独资企业事务的人员不得有下列行为：

（1）利用职务上的便利，索取或者收受贿赂；

（2）利用职务或者工作上的便利侵占企业财产；

（3）挪用企业的资金归个人使用或者借贷给他人；

（4）擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立账户储存；

（5）擅自以企业财产提供担保；

（6）未经投资人同意，从事与本企业相竞争的业务；

（7）未经投资人同意，同本企业订立合同或者进行交易；

（8）未经投资人同意，擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用；

（9）泄露本企业的商业秘密；

（10）法律、行政法规禁止的其他行为。

投资人委托或者聘用的人员违反上述规定，侵犯个人独资企业财产权益的，责令其退还侵占的财产；给企业造成损失的，依法承担赔偿责任；有违法所得的，没收违法所得；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 个人独资企业的财务管理

个人独资企业应当依法设置会计账簿，进行会计核算。

4. 个人独资企业劳动管理与社会保障

(1) 个人独资企业招用职工的，应当依法与职工签订劳动合同，保障职工的劳动安全，按时、足额发放职工工资。

(2) 个人独资企业应当按照国家规定参加社会保险，为职工缴纳社会保险费用。独资企业的职工社会保险主要包括养老保险、工伤保险和医疗保险等。

(3) 独资企业的职工可以依法组建工会组织，以维护职工的合法权益，独资企业应当为本企业工会提供必要的活动条件。

(4) 个人独资企业违反《个人独资企业法》的规定，侵犯职工合法权益，未保障职工劳动安全，不缴纳社会保障费用的，按照有关法律、行政法规予以处罚，并追究有关责任人员的责任。

2.4 个人独资企业的解散与清算

2.4.1 个人独资企业的解散

个人独资企业的解散是指独资企业因出现某些法律事由而导致其民事主体资格消灭的行为。根据《个人独资企业法》第 26 条的规定，个人独资企业有下列情形之一时，应当解散：

(1) 投资人决定解散。只要不违反法律规定，投资人有权决定在任何时候解散独资企业。

(2) 投资人死亡或者被宣告死亡，无继承人或者继承人放弃继承。

(3) 被依法吊销营业执照。这是独资企业解散的强制原因。

(4) 法律、行政法规规定的其他解散情形。

2.4.2 个人独资企业的清算

如前所述，解散仅仅是个人独资企业消灭的原因，企业并非因解散的事实发生而立即消灭。独资企业的清算即处理解散企业未了结的法律关系的程序。清算结束，进行注销登记，独资企业才最后消灭。

1. 清算人的产生

清算人是指清算企业中执行清算事务及对外代表者。《个人独资企业法》第 27 条规定，个人独资企业解散，由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。因此，个人独资企业的清算原则上以投资人为其清算人。但经债权人申请，人民法院需指定投资人以外的人为清算人。

2. 通知与公告程序

投资人自行清算的，应当在清算前 15 日内书面通知债权人，无法通知的，应当予以公告。债权人应当在接到通知之日起 30 日内，未接到通知的应当在公告之日起 60 日内，向投资人申报其债权。

3. 清偿债务程序

清算人应在债权人申报债权后清理企业的债权、债务。在清算期间，个人独资企业不得开展与清算目的无关的经营活动。在清偿债务前，投资人不得转移、隐匿财产。个人独资企业及其投资人在清算前或清算期间隐匿或转移财产、逃避债务的，依法追回其财产，并按照有关规定予以处罚；构成犯罪的，追究其刑事责任。

4. 财产清偿顺序

个人独资企业解散的，财产应当按照下列顺序清偿：

(1) 所欠职工工资和社会保险费用；

(2) 所欠税款；

(3) 其他债务。

个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。

5. 责任消灭制度

个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但债权人自独资企业解散后5年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。

6. 注销登记程序

根据《个人独资企业法》第32条的规定，个人独资企业清算结束后，投资人或者人民法院指定的清算人应当编制清算报告，并于15日内到登记机关办理注销登记。注销登记一旦完成，个人独资企业即告消灭。

本章小结

个人独资企业是所有企业形式中最为原始古老的。它和社会程度较低、规模较小的市场活动相适应，在我国体现出设立简便、鼓励发展的原则。本章我们系统性地介绍了个人独资企业的概念和特征，个人独资企业的设立条件与程序，个人独资企业投资人的权利和责任及个人独资企业的事务管理。最后介绍个人独资企业的解散与清算的相关内容，使学生掌握《个人独资企业法》运作的基本规则。



重要概念

个人独资企业(Individual Business Establishment)、投资人(Investor)、无限责任(Unlimited Liability)、委托管理(Mandatory Management)



案例分析

案情：高某是高校的在职研究生，经济上独立于其家庭。2000年8月在工商行政管理机关注册成立了一家主营信息咨询的个人独资企业，取名为“中鑫信息咨询有限公司”，注册资本为人民币一元。营业形势看好，收益甚丰。于是后来黄某与高某协议参加该个人独资企业的投资经营，并注入资金5万元人

民币。经营过程中先后共聘用工作人员10名，对此高某认为自己开办的是私人企业，并不需要为职工办理社会保险，因此没有给职工缴纳社会保险费，也没有与职工签订劳动合同。后来该独资企业经营不善导致负债10万元。高某决定于2001年10月自行解散企业，但因为企业财产不足清偿而被债权人、企业职工诉诸人民法院。法院审理后认为高某与黄某形成事实上的合伙关系，判决责令高、黄补充办理职工的社会保险并缴纳保险费，由高某与黄某对该企业的债务承担无限连带责任。

问题：

(1) 该企业的设立是否合法?

(2) 高某允许另一公司参加投资，共同经营的行为是否合法?

(3) 高某的理由是否成立?

(4) 该企业的债权人要求是否成立?

(5) 高某是否有权解散企业?

(6) 黄某是否承担责任?

分析与启示：(1)该企业的设立不合法。根据我国《个人独资企业法》第2条、第10条的规定，自然人可以单独投资设立个人独资企业，设立时法律仅要求投资人申报出资额和出资方式，但并不要求须缴纳最低注册资本金。因此高某单独以一元人民币经法定工商登记程序投资设立个人独资企业的做法，符合法律规定。但根据第11条的规定，个人独资企业的名称应与其责任形式相符合，个人独资企业为投资人个人，负无限责任，因此高某将其取名为"中鑫信息咨询有限公司"违反法律规定，应予以纠正。

(2) 高某允许另一公司参加投资，共同经营的行为不合法。根据《个人独资企业法》第2条、第8条、第15条的规定，个人独资企业须为一个自然人单独投资设立，企业存续期间登记事项发生变更时应当在做出变更决定之日起15日内申请办理变更登记。因此，高某如允许他人参加投资经营，必须依法办理变更登记，并改变为其他性质的企业，因为此时已经不符合个人独资企业的法定条件了。

(3) 该企业应当与职工签订劳动合同并为其办理社会保险。根据我国的社会保障方面的立法规定、《劳动法》的相关规定，该企业不与职工签订劳动合同、不为职工办理社会保险的做法违反了法律的强制性规定。《个人独资企业法》第22条、第23条对此也做出了规定："个人独资企业招用职工的，应当依法与职工签订劳动合同"，并"按照国家规定参加社会保险，为职工缴纳社会保险费"。因此高某的理由不成立。

(4) 该企业的债权人在高某不能清偿债务时不能向高某的家庭求偿。根据《个人独资企业法》第2条、第18条的规定，高某经济上独立于其家庭，且法律规定只有投资人在申请设立个人独资企业进行登记时，明确以其家庭共有财产作为个人出资的，才可以依法由家庭共有财产对企业债务承担无限责任。因此债权人不能向高某的家庭求偿，而应当是由高某个人负无限责任。

(5) 高某决定自行解散企业的做法合法。根据《个人独资企业法》第26条的规定，高某作为该企业的投资人，有权决定自行解散个人独资企业，因此高某的做法并不违法。

(6) 由于黄某后来加入投资经营，因此该个人独资企业事实上已转变为公民之间的合伙关系，由此，法律责任应当由合伙人高某、黄某共同承担。人民法院的判决是正确的。

课后习题

一、简答题

1. 什么是个人独资企业？其设立条件是什么？
2. 《个人独资企业法》关于个人独资企业的法律地位有哪些规定？
3. 《个人独资企业法》关于个人独资企业的投资人和事务管理有哪些法律规定？

1.《个人独资企业法》关于个人独资企业的解散情形有哪些法律规定?

二、不定项选择题

1. 甲投资设立乙个人独资企业，委托丙管理企业事务，授权丙可以决定10万元以下的交易。丙以乙企业的名义向丁购买15万元的商品。丁不知甲对丙的授权限制，依约供货。乙企业未按期付款，由此发生争议。下列表述中，符合法律规定的是(　　)。

A. 乙企业向丁购买商品的行为有效

B. 丙仅对10万元以下的交易有决定权，乙企业向丁购买商品的行为无效

C. 甲向丁出示给丙的授权委托书后，可不履行付款义务

D. 甲向丁出示给丙的授权委托书后，付款10万元，其余款项丁只能要求丙支付

2. 张先生在谈论个人独资企业法的有关规定时讲到以下内容，其中正确的有(　　)。

A. 设立个人独资企业时，投资人可以个人财产出资，也可以家庭其他成员的财产作为个人出资

B. 个人独资企业可以设立分支机构

C. 个人独资企业解散时，可由投资人自行清算，也可由债权人申请人民法院指定清算人进行清算

D. 个人独资企业解散清偿债务时，所欠职工工资和社会保险费用应作为第一顺序清偿

3. 某个人独资企业由王某以个人财产出资设立。该企业因经营不善被解散，其财产不足以清偿所欠债务，对尚未清偿的债务，下列处理方式中，符合《个人独资企业法》规定的是(　　)。

A. 不再清偿

B. 以王某的其他财产予以清偿，仍不足清偿的，则不再清偿

C. 以王某的家庭共有财产予以清偿，仍不足清偿的，则不再清偿

D. 债权人在企业解散后5年内未提出偿债请求的，王某不再承担清偿责任

4. 甲以个人财产出资设立个人独资企业，该企业因经营不善被解散，其财产不足以清偿所负债务。对于尚未清偿的债务，下列表述中，符合个人独资企业法律制度规定的是(　　)。

A. 甲不再清偿

B. 甲应以个人的其他财产予以清偿，仍不足清偿的，则不再清偿

C. 甲应以家庭共有财产予以清偿，仍不足清偿的，则不再清偿

D. 甲应以个人的其他财产予以清偿，但债权人在该企业解散后5年内未提出偿债请求的，则不再清偿

5. 个人独资企业违反法律规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以支付的，或者被判处没收财产的，应当先(　　)。

A. 承担民事赔偿责任　　B. 缴纳罚款

C. 缴纳罚金　　D. 没收财产

6. 根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业发生的下列违法情形中，依法应当吊销营业执照的有(　　)。

A. 涂改营业执照且情节严重

B. 开业后自行停业时间连续达到9个月
C. 使用的名称与其在登记机关登记的名称不相符合
D. 登记事项发生变更时未按规定办理变更登记，被登记机关责令限期办理，但逾期仍未办理

7. 乐乐玩具厂是张乐举办的个人独资企业，下列属于个人独资企业解散的法定事由的有(　　)。
A. 张乐决定解散
B. 张乐车祸死亡，又无继承人
C. 张乐被宣告死亡，其继承人决定放弃继承
D. 违法经营、被依法吊销营业执照

8. 某甲出资设立了一家个人独资企业，某甲聘用某乙作为企业的总经理，某乙的下列哪些行为须经某甲同意？(　　)
A. 以企业财产提供担保
B. 从事与本企业相竞争的业务
C. 同本企业进行交易
D. 将企业的知识产权转让给他人使用

9. 以下关于个人独资企业的表述正确的是(　　)。
A. 个人独资企业解散后，由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算
B. 个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务不应再负偿还责任
C. 个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿
D. 个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任

10. 下列表述中，关于一人公司和个人独资企业的说法正确的有(　　)。
A. 二者都可由自然人和法人投资设立
B. 二者的住所都是主要办事机构所在地
C. 二者的成立日期都是营业执照签发之日
D. 二者都享有企业财产权

三、案例分析题

2012年周强出资5万元设立个人独资企业，聘请孙军管理企业事务，规定凡孙军对外签订标的额超过1万元的合同，须经周强的同意，同年2月15日，孙军未经周强同意，从B公司购买了价值2万元的货物。2012年7月，A企业亏损，不能清偿债权人C公司的债务，周强决定解散该企业。经查周强和他的A企业债权债务如下：(1)A企业欠税款2 000元，欠孙军工资4 500元，欠社会保险费用5 000元，欠C企业10万元；(2)A企业的银行存款1万元，实物折价8万元；(3)周强的其他可执行的财产价值2万元。

问题：(1)孙军2月15日以A企业的名义从B公司购得价值2万元的货物的行为是否有效？为什么？(2) 试述A企业的财产清偿顺序。

第3章 合伙企业法

学习目标

通过本章的学习，要求学生了解合伙企业的概念、特征，合伙企业法的适用范围；掌握普通合伙企业的设立、财产及其事务执行；掌握有限合伙企业的规定；掌握合伙企业与第三人的关系；理解合伙企业的解散与清算。

课前案例

甲、乙、丙、丁四人共同投资设立A普通合伙企业。合伙协议的部分内容如下：由甲、乙执行合伙企业事务，丙、丁不得过问企业事务；利润和损失由甲、乙、丙、丁平均分配和分担。

在执行合伙企业事务过程中，为提高管理水平，甲自行决定聘请王某担任合伙企业经营管理人员。因合伙企业发展良好，乙打算让其朋友郑某入伙，在征得甲的同意后，乙即安排郑某参与合伙事务。

要求：根据上述情况和合伙企业法律制度的相关规定，回答下列问题：

(1) 合伙协议中关于合伙企业事务执行的约定是否符合法律规定？简要说明理由。

(2) 甲聘请王某担任经营管理人员是否符合法律规定？简要说明理由。

(3) 郑某是否已经成为A合伙企业的合伙人？简要说明理由。

3.1 合伙企业与合伙企业法

3.1.1 合伙企业的概念与特征

1. 合伙企业的概念

合伙企业是指自然人、法人和其他组织依照《合伙企业法》在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。《合伙企业法》对普通合伙人承担责任的形式有特别规定的，从其规定。有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

2. 合伙企业的特征

合伙企业与其他的市场主体相比较，有如下特征：

（1）有两个或者两个以上的投资主体。

（2）订立合伙协议。合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。

（3）承担合伙权利与义务。合伙企业不具备法人资格。

（4）合伙企业必须有人对合伙企业的债务承担无限连带责任或者无限责任。

3.1.2 《合伙企业法》概况

《合伙企业法》于1997年2月23日第八届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过，自1997年8月1日起实施。该法于2006年8月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议修订。

3.2 普通合伙企业法

3.2.1 普通合伙企业的概念和设立条件

1. 概念

是指由两个以上的自然人、法人或者其他组织通过订立协议，在我国境内设立的各合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任的社会组织。

2. 设立条件

1）有两个以上的合伙人

合伙人可以是自然人，也可以是法人。自然人为合伙企业的合伙人必须是完全民事行为能力人。国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。普通合伙人之间对合伙企业债务承担无限连带责任。

2）有书面合伙协议

全体合伙人在自愿、平等、公平、诚信原则下协商一致，以书面形式订立，合伙人按照合伙协议享有权利，履行义务。

修改或者补充合伙协议，应当经全体合伙人一致同意；但是，合伙协议另有约定的除外。

3）有各合伙人认缴或者实际缴付的出资

合伙企业不具有法人资格，并且普通合伙人对企业债务承担无限连带责任，因此法律不设定其注册资本制度。但是合伙是经营性实体，让其拥有与其经营产业的规模相适应的资金则是必要的。

出资形式包括货币、实物、知识产权、土地使用权、其他财产权利或者劳务，其中劳务的评估作价只能由全体合伙人协商确定。

4）有合伙企业的名称和生产经营场所

企业名称应当标明“普通合伙”字样，便于与合伙企业交易的相对人了解该合伙企业的类型及合伙人对合伙企业债务承担的责任。

3.2.2 普通合伙企业的财产

1. 合伙企业的财产构成

1）合伙人的出资（初始财产）

初始财产即合伙人的出资。初始财产是合伙企业积累财产的重要基础。

（1）合伙企业的出资方式可以是货币、实物、土地使用权、知识产权、其他财产权利以及劳务。其中劳务不能成为合伙企业的财产。

（2）合伙企业的初始财产是全体合伙人实际缴纳的财产，而不是各合伙人在合伙协议中所认缴的财产。

（3）在合伙人出资的财产中，不同的出资所反映的性质不完全一样。以现金或明确以财产所有权出资的，意味着所有权的转移，出资人不再享有出资财产的所有权，而由全体合伙人共有；以土地使用权、房屋使用权、商标使用权等权利出资的，出资人并不因出资行为而丧失土地使用权、房屋使用权、商标使用权等权利，这些出资财产的所有权或使用权属于出资人，合伙企业只享有使用权和管理权。

（4）合伙人以转让财产所有权的出资形式构成合伙企业的财产是合伙企业初始财产取得的一般方式，合伙人也可以通过转让占有权、使用权的方式形成合伙企业的初始财产。

（5）初始财产在合伙企业创立初期的价值是确定的，在合伙企业存续期间因市场因素则可能发生价值变化。

2）合伙企业的收益

以合伙名义取得的收益和依法取得的其他财产。这部分财产是合伙企业在生产经营中所创造出的新价值，只要未分配给各合伙人，就应是属于合伙企业的财产。合伙经营积累的财产归合伙人共有。

2. 合伙企业财产的性质

合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产。因此，合伙企业财产具有共有财产的性质，即由各合伙人共有。对合伙财产的占有、使用、收益和处分，均应以全体合伙人的共同意志进行。

合伙人在合伙企业清算前私自转移或者处分合伙企业财产的，合伙企业不得以此对抗善意的第三人。

应用实例

合伙人甲未经其他合伙人同意，擅自将合伙企业的一台机器设备作价100万卖给了善意第三人张某，张某基于善意取得制度取得了该设备的所有权。合伙企业不得对抗善意的第三人(即合伙企业不得以合伙人甲无处分权而主张其与善意第三人订立的合同无效)。至于怎么处理甲，是合伙企业内部的事情(合伙企业的损失只能向合伙人甲追索，而不能向善意第三人追索)。

3. 普通合伙企业合伙人的财产份额的转让与出质

1）合伙财产的转让

合伙财产的转让是指合伙人将自己在合伙企业中的财产份额转让给他人。《合伙企业

法》对合伙企业财产份额的转让分为以下两种形式，并作了限制性的规定。

（1）合伙人对其财产份额进行外部转让，即在合伙企业存续期间，合伙人将其在合伙企业中的全部或者部分份额转让给合伙人以外的第三人的行为。第一，合伙企业存续期间，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。第二，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人享有优先购买权；但是，合伙协议另有规定的除外。第三，经全体合伙人同意，合伙人以外的人依法受让合伙企业的财产份额，经修改合伙协议即成为合伙企业的合伙人。

（2）合伙人对其财产份额进行内部转让，即合伙人之间转让在合伙企业的全部或部分财产份额时，应当通知其他合伙人。

【例题3-1多选题】 2010年3月，甲、乙、丙开办了一合伙企业，同年6月份甲与丁结婚。2015年8月双方协议离婚，约定将合伙企业中甲的财产份额全部转让给丁。下列哪些说法不正确？（　　）

A. 合伙企业中甲的财产份额属于夫妻共同财产

B. 如乙、丙同意，丁依法取得合伙人的地位

C. 如乙、丙不同意丁入伙，必须购买该财产份额

D. 合伙企业应清算，丁分得甲应得的财产份额

【答案】 ACD

2）合伙财产的出质

合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。


应用实例

甲、乙、丙投资设立了一个普通合伙企业。甲自己向丁借款10万元，未经其他合伙人乙、丙的同意，甲将其在合伙企业中的财产份额质押给债权人丁。在本例中，由于普通合伙人甲的出质行为未经其他合伙人的一致同意，即使丁属于善意第三人，该出质行为照样无效，由此给善意第三人丁造成损失的，由甲向丁承担赔偿责任。

3.2.3 普通合伙企业的事务执行

1. 合伙人对合伙企业事务的管理

合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。

（1）委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务。

① 其他合伙人不再执行合伙事务；但有权监督执行事务合伙人执行的情况。

② 执行事务合伙人应当定期向其他合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营和财务状况，合伙人为了解合伙企业的经营状况和财务状况，有权查阅合伙企业会计账簿等财务资料。

③ 受委托执行合伙事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托。

（2）全体合伙人共同执行合伙事务。合伙人对合伙企业有关事项作出决议，按照合伙协议约定的表决办法办理。合伙协议未约定或者约定不明确的，实行合伙人一人一票并经

全体合伙人过半数通过的表决办法。



知识要点提醒

合伙企业法的特殊规定，应当经全体合伙人一致同意的事项如下：①改变合伙企业名称；②改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点；③处分合伙企业不动产；④转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；⑤以合伙企业名义为他人提供担保；⑥聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。

2. 合伙人的忠实义务

（1）竞业禁止：合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。

（2）自我交易：合伙人不得同本合伙企业进行交易（合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意除外）。

（3）损害禁止：合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。

3. 合伙企业的利润、亏损承担

合伙企业的利润、亏损承担，按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。

合伙协议的禁止约定：全部利润分配给部分合伙人；由部分合伙人承担全部亏损。

4. 聘任合伙人以外的经营管理人员

聘任合伙人以外的经营管理人员，应当经全体合伙人一致同意。但被聘用的合伙企业的经营管理人员的职权范围应当在合伙企业授权范围内履行职务。对其超越合伙企业授权范围履行职务，或者在履行职务过程中因故意或者重大过失给合伙企业造成损失的，依法承担赔偿责任。

3.2.4 普通合伙企业与第三人关系

1. 与善意第三人的关系

对合伙人执行合伙事务、对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗善意第三人。

2. 合伙企业债务

（1）合伙企业对其债务，应当先以其全部财产进行清偿。合伙企业不能清偿到期债务的，普通合伙人承担无限连带责任。

（2）合伙人之间的分担比例对债权人没有约束力。债权人可以根据自己的清偿利益，请求全体合伙人中的一人或者数人承担全部清偿责任，可以按照自己确定的比例向各合伙人分别追索。

（3）合伙人由于承担无限连带责任，清偿数额超过规定的其亏损分担比例的，有权向其他合伙人追偿。

【例题 3-2 多选题】 甲、乙、丙为普通合伙企业的合伙人。该合伙企业向丁借款15万元，甲、乙、丙之间约定，如果到期合伙企业无力偿还该借款，甲、乙、丙各自负责偿还5万元。借款到期时，该合

伙企业没有财产向丁清偿。根据《合伙企业法》的规定，下列关于该债务清偿的表述中，正确的有(　　)。

A. 丁有权直接向甲要求清偿15万元

B. 只有在甲、乙确实无力偿还的情况下，丁有权要求丙偿还15万元

C. 乙仅负有向丁偿还5万元的义务

D. 丁可以根据合伙人的实际财产情况，要求甲偿还10万元，乙偿还3万元，丙偿还2万元

【答案】 AD

3. 合伙人个人债务

债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务；也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。

合伙人的自有财产不足清偿个人债务的，该合伙人可以以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

【例题3-3多选题】 甲向乙借款4万元作为出资与他人合伙设立了一家食品加工厂(普通合伙企业)。借款到期后，乙要求甲偿还借款，甲个人财产不足以清偿。根据《合伙企业法》的规定，下列有关偿还借款的方式中，正确的有(　　)。

A. 甲用从食品厂分取的收益偿还借款

B. 甲自行将自己在食品厂的财产份额转让给乙，以抵偿借款

C. 甲自行将自己在食品厂的财产份额出资取得贷款，以抵偿借款

D. 乙请求人民法院强制执行甲在食品厂的财产份额用于清偿借款

【答案】 AD

3.2.5 普通合伙企业的入伙与退伙

1. 入伙

入伙是指在合伙企业存续期间，原来不具有合伙人身份的第三人加入合伙并取得合伙人资格的商事法律行为。

1）入伙的条件和程序

除合伙协议另有约定外，应当经全体合伙人一致同意，并依法订立书面入伙协议。订立入伙协议时，原合伙人应当如实告知原合伙企业的经营状况和财务状况。

2）新合伙人的权利和义务

新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任；入伙协议另有约定的除外。新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

2. 退伙

退伙是指在合伙企业存续期间，已经取得合伙人身份的合伙人退出合伙企业，丧失合伙人资格，是自己合伙人身份归于消灭的法律行为和事实。

1）退伙的种类

（1）自愿退伙。在合伙企业存续期间，在合伙协议约定合伙期限，出现下列情形为自愿退伙：第一，合伙协议约定的退伙事由出现；第二，经全体合伙人一致同意；第三，发生合伙人难以继续参加合伙的事由；第四，其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。

（2）通知退伙。合伙协议未约定合伙期限，合伙人退伙不给合伙企业事务执行造成不利影响下，要求退伙的合伙人提前30日通知其他合伙人。

（3）当然退伙（退伙事由实际发生之日为退伙生效日）。

① 作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡。



知识要点提醒

合伙人死亡的特殊结果：

继承为原则　　合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人，按照合伙协议的约定或者经全体合伙人一致同意，从继承开始之日起，取得该合伙企业的合伙人资格。

退还财产份额为特殊——有下列情形之一的，合伙企业应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额：

（1）继承人不愿意成为合伙人；

（2）法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格，而该继承人未取得该资格；

（3）合伙协议约定不能成为合伙人的其他情形。

继承人民事行为能力欠缺——合伙人的继承人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经全体合伙人一致同意，可以依法成为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。全体合伙人未能一致同意的，合伙企业应当将被继承合伙人的财产份额退还该继承人。

② 个人丧失偿债能力。

③ 作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产。

④ 法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格。

⑤ 合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。



知识要点提醒

合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙。

（4）除名退伙。经其他合伙人一致同意，有以下情形的为除名退伙：

第一，未履行出资义务；

第二，因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；

第三，执行合伙事务时有不正当行为；

第四，发生合伙协议约定的事由。

除名决议应当书面通知被除名人。被除名人接到除名通知之日，除名生效，被除名人退伙；被除名人对除名决议有异议的，可以自接到除名通知之日起30日内向人民法院起诉。

2）退伙后的财产处理

（1）按照退伙时的合伙企业财产状况进行结算（退伙时有未了结的合伙企业事务的，待该事务了结后进行结算），退还退伙人的财产份额。退伙人对给合伙企业造成的损失负有赔偿责任的，相应扣减其应当赔偿的数额。

(2) 由合伙协议约定或者由全体合伙人决定，可以退还货币，也可以退还实物。

(3) 退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。

(4) 合伙人退伙时，合伙企业财产少于合伙企业债务的，退伙人应当依照《合伙企业法》第33条第1款的规定分担亏损，即有合伙协议的按照协议的约定分担亏损；协议不明的或者没有协议的，当事人协商解决；协商不成的，按照实缴出资比例分担亏损；出资比例不明的，采平均分配说。

【例题3-4多选题】 甲是普通合伙企业的合伙人，因飞机失事死亡，其子乙12岁。根据《合伙企业法》的规定，下列表述中正确的是(　　)。

A. 乙因继承当然成为合伙企业的普通合伙人

B. 乙只能要求分割甲在合伙企业中的财产份额

C. 经其他合伙人同意，乙可以成为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业

D. 全体合伙人未能一致同意的，合伙企业应当将被继承合伙人的财产份额退还给该继承人

【答案】 CD

3.2.6 特殊的普通合伙企业

1. 特殊的普通合伙企业的设立

以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构型合伙企业，可以设立特殊的普通合伙企业。特殊的普通合伙企业名称中应当标明“特殊普通合伙”字样。

2. 特殊的普通合伙企业的责任承担

一个或数个合伙人在执业活动中因故意或重大过失造成合伙企业债务的，应承担无限责任或无限连带责任，其他合伙人以其在合伙企业的财产份额为限承担责任。

合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务，由全体合伙人承担无限连带责任。

合伙人执业活动中因故意或重大过失造成的合伙企业债务，以合伙企业财产对外承担责任后，该合伙人应按合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

3. 特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金、办理职业保险

执业风险基金用于偿付合伙人执业活动造成的债务。执业风险基金应当单独立户管理。具体管理办法由国务院规定。

应用实例

甲、乙、丙三个注册会计师各出资100万元，设立A会计事务所(特殊普通合伙企业)。甲、乙因重大过失出具了虚假的审计报告，致使合伙企业负担了1 000万元的债务：①首先以合伙企业的全部财产600万元清偿债务；②不足的400万元由甲、乙承担无限连带责任；③当事人甲、乙对外承担了无限连带责任后，还应按合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。如果当事人甲非因故意或者重大过失造成1 000万元的债务：①首先以合伙企业的全部财产600万元清偿债务；②不足的400万元由甲、乙、丙承担无限连带责任。

3.3 有限合伙企业法

3.3.1 有限合伙企业的设立条件

1. 有二个以上五十个以下合伙人

其中至少应当有一个普通合伙人。国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。

2. 有书面合伙协议

合伙协议的内容除普通合伙企业协议的内容外，还应有下列内容：

(1) 普通合伙人和有限合伙人的姓名或者名称、住所；
(2) 执行事务合伙人应具备的条件和选择程序；
(3) 执行事务合伙人权限与违约处理办法；
(4) 执行事务合伙人的除名条件和更换程序；
(5) 有限合伙人入伙、退伙的条件、程序以及相关责任；
(6) 有限合伙人和普通合伙人相互转变程序。

3. 有合伙人认缴或者实际缴付的出资

有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资。

【小思考】 有限合伙人可以以劳务出资吗？为什么？

有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资；未按期足额缴纳的，应当承担补缴义务，并对其他合伙人承担违约责任。

有限合伙企业登记事项中应当载明有限合伙人的姓名或者名称及认缴的出资数额。

4. 有合伙企业的名称和生产经营场所

有限合伙的名称中应当标明“有限合伙”字样。有限合伙企业要有经营场所，以便开展经营活动。

5. 法律、行政法规规定的其他条件

3.3.2 有限合伙企业的财产

1. 有限合伙人财产份额的转让

有限合伙人可以按照合伙协议的约定转让，但应当提前30日通知其他合伙人。

2. 有限合伙人财产份额的出质

有限合伙人可以将其财产份额出质；但是，合伙协议另有约定的除外。

【例题3-5多选题】 甲、乙、丙、丁共同投资设立了一个有限合伙企业，甲、乙为普通合伙人，丙、丁为有限合伙人。下列有关合伙人以财产份额出质的表述中，符合合伙企业法律制度规定的有(　　)。

A. 经乙、丙、丁同意，甲可以其在合伙企业中的财产份额出质
B. 如果合伙协议没有约定，即使甲、乙均不同意，丁也可以其在合伙企业中的财产份额出质
C. 合伙协议可以约定，经2个以上合伙人同意，乙可以其在合伙企业中的财产份额出质
D. 合伙协议可以约定，未经2个以上合伙人同意，丙不得以其在合伙企业中的财产份额出质

【答案】 ABD

3.3.3 有限合伙企业的事务执行

1. 合伙人对合伙企业事务的管理

1）管理权

有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务，并且可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及提取方式。

有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。

2）有限合伙人滥用管理权的责任

第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。

有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，该有限合伙人应当承担赔偿责任。

应用实例

甲、乙、丙、丁出资设立A有限合伙企业，甲、乙为普通合伙人，丙、丁为有限合伙人。丙代表A企业与B公司签订了100万元的买卖合同(假设B公司有理由相信丙为普通合伙人)，B公司按照合同约定发货以后，A企业无力支付货款。经人民法院强制执行，A企业的全部财产只有40万元，对于不足的60万元：①甲、乙应承担无限连带责任，因为普通合伙人对所有企业的债务均承担无限连带责任；②丙应当承担无限连带责任，因为第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任；③丁只承担有限责任，因为有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业的债务承担责任；④丙对外承担无限连带责任以后，应当对给有限合伙企业或者其他合伙人造成的损失承担赔偿责任。

2. 有限合伙人行为限制的放宽

(1) 有限合伙人可以同本有限合伙企业进行交易；但是，合伙协议另有约定的除外。

(2) 有限合伙人可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务；但是，合伙协议另有约定的除外。

3. 有限合伙企业利润、亏损承担

有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人；但合伙协议另有约定的除外。

3.3.4 有限合伙企业与第三人关系

有限合伙人的自有财产不足清偿其个人债务的，该合伙人可以以其从有限合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在有限合伙企业

中的财产份额用于清偿。

人民法院强制执行有限合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人。在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。

3.3.5 有限合伙企业的入伙与退伙

1. 入伙

新入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务，以其认缴的出资额为限承担责任。

2. 退伙

1）有限合伙人的当然退伙

（1）作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；



知识要点提醒

作为有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时，其继承人或者权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。

（2）作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；

（3）法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；

（4）合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。



知识要点提醒

作为有限合伙人的自然人在有限合伙企业存续期间丧失民事行为能力的，其他合伙人不得因此要求其退伙。

2）有限合伙人退伙后的责任

对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。



应用实例

①有限合伙人甲以100万元的货币出资，退货时从合伙企业取回20万元，则甲以20万元为限对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务承担责任；②有限合伙人甲以100万元的货币出资，退货时从合伙企业取回200万元，则甲以200万元为限对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务承担责任。

3.3.6 合伙企业形式及合伙人性质的变化

1. 合伙企业形式的变化

有限合伙企业仅剩有限合伙人的，应当解散；有限合伙企业仅剩普通合伙人的，转为普通合伙企业。



2. 合伙人性质的变化

1）程序

普通合伙人转变为有限合伙人，或者有限合伙人转变为普通合伙人，应当经全体合伙人一致同意；但是，合伙协议另有约定的除外。

2）责任

有限合伙人转变为普通合伙人的，对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

普通合伙人转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

【例题 3-6 单选题】 甲、乙、丙、丁成立了一个有限合伙企业，甲、乙为普通合伙人，丙、丁为有限合伙人。一年后甲转为有限合伙人，丙转为普通合伙人。此前，合伙企业欠银行 50 万元，该债务直至合伙企业被宣告破产仍未偿还。根据合伙企业法律制度的规定，下列对 50 万元债务清偿责任的表述中，正确的是(　　)

A. 甲、乙承担无限连带责任，丙、丁以其出资额为限承担责任

B. 乙、丙承担无限连带责任，甲、丁以其出资额为限承担责任

C. 甲、乙、丙承担无限连带责任，丁以其出资额为限承担责任

D. 乙承担无限连带责任，甲、丙、丁以其出资额为限承担责任

【答案】 C

3.4 合伙企业解散与清算

3.4.1 合伙企业解散的事由

合伙企业有下列情形之一的，应当解散：

(1) 合伙期限届满，合伙人决定不再经营；

(2) 合伙协议约定的解散事由出现；

(3) 全体合伙人决定解散；

(4) 合伙人已不具备法定人数满 30 天；

(5) 合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；

(6) 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；

(7) 法律、行政法规规定的其他原因。

另外，有限合伙企业仅剩有限合伙人的，应当解散。

3.4.2 合伙企业的清算

合伙企业解散，应当由清算人进行清算。

清算人由全体合伙人担任；经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散事由出现后 15 日内指定一个或者数个合伙人，或者委托第三人，担任清算人。

自合伙企业解散事由出现之日起 15 日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

3.4.3 财产分配

合伙企业财产在支付清算费用和职工工资、社会保险费用、法定补偿金以及缴纳所欠税款、清偿债务后的剩余财产，依照《合伙企业法》第33条第1款的规定进行分配。

3.4.4 合伙企业的注销登记

清算结束，清算人应当编制清算报告，经全体合伙人签名、盖章后，在15日内向企业登记机关报送清算报告，申请办理合伙企业注销登记。

合伙企业注销后，原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担无限连带责任。

合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。

合伙企业依法被宣告破产的，普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任。

本章小结

合伙企业是一种商事组织形式，现代资本主义国家的“卡特尔”组织，就是若干企业通过契约的方式所结成的合伙同盟。本章我们系统性地介绍了合伙企业的概念和特征，普通合伙企业的设立，普通合伙企业的财产，普通合伙企业与第三人的关系等，并介绍了其入伙和退伙。同时介绍了有限合伙企业的设立条件、财产、事务执行、与第三人的关系等，最后介绍合伙企业的解散与清算的相关内容，将普通合伙企业与有限合伙企业进行了比较，使读者对合伙部分最重要、最基本的内容有了初步的认识。

重要概念

合伙(Partnership Enterprise)、合伙财产(Partnership Property)、普通合伙企业(General Partnerships)、有限合伙企业(Limited Private Partnership)、入伙(Admission of Partner)、退伙(Withdrawal from Partnership)

案例分析

案情：甲、乙、丙、丁四人出资设立A有限合伙企业，其中甲、乙为普通合伙人，丙、丁为有限合伙人。合伙企业存续期间，发生以下事项：

(1) 6月，合伙人丙同A合伙企业进行了120万元的交易，合伙人甲认为，由于合伙协议对此没有约定，因此，有限合伙人丙不得同本合伙企业进行交易。

(2) 6月，合伙人丁自营同A合伙企业相竞争的业务，获利150万元。合伙人乙认为，由于合伙协议对此没有约定，因此，丁不得自营同本合伙企业相竞争的业务，其获利150万元应当归A合伙企业所有。

(3) 7月，A合伙企业向B银行贷款100万元。

(4) 8月，经全体合伙人一致同意，普通合伙人乙转变为有限合伙人，有限合伙人丙转变为普通合伙人。

(5) 9月，甲、丁提出退伙。经结算，甲从合伙企业分回10万元，丁从合伙企业分回20万元。

(6) 10月，戊、庚新入伙，戊为有限合伙人，庚为普通合伙人。其中，戊、庚的出资均为30万元。



(7) 12月，B银行100万元的贷款到期，A合伙企业的全部财产只有40万元。

要求：根据《合伙企业法》的规定，分别回答以下问题：

(1) 根据本题要点(1)所提示的内容，指出甲的主张是否符合法律规定，并说明理由。

(2) 根据本题要点(2)所提示的内容，指出乙的主张是否符合法律规定，并说明理由。

(3) 对于不足的60万元，债权人B银行能否要求合伙人甲清偿全部的60万元？并说明理由。

(4) 对于不足的60万元，债权人B银行能否要求合伙人乙清偿全部的60万元？并说明理由。

(5) 对于不足的60万元，债权人B银行能否要求合伙人丙清偿全部的60万元？并说明理由。

(6) 对于不足的60万元，债权人B银行能否要求退伙人丁清偿全部的60万元？并说明理由。

(7) 对于不足的60万元，债权人B银行能否要求合伙人戊清偿全部的60万元？并说明理由。

(8) 对于不足的60万元，债权人B银行能否要求合伙人庚清偿全部的60万元？并说明理由。

分析与启示：(1) 甲的主张不符合规定。根据规定，有限合伙人可以同本有限合伙企业进行交易；但是，合伙协议另有约定的除外。

(2) 乙的主张不符合规定。根据规定，有限合伙人可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务；但是，合伙协议另有约定的除外。

(3) 债权人B银行可以要求甲清偿全部的60万元。根据规定，普通退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务承担无限连带责任。

(4) 债权人B银行可以要求乙清偿全部的60万元。根据规定，普通合伙人转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。在本题中，乙应当对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

(5) 债权人B银行可以要求丙清偿全部的60万元。根据规定，有限合伙人转变为普通合伙人的，对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

(6) 债权人B银行不能要求丁清偿全部的60万元。根据规定，有限合伙人退伙后，对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。在本题中，由于有限合伙人丁在退伙时，从合伙企业分回20万元，因此，债权人B银行只能要求丁清偿20万元。

(7) 债权人B银行不能要求戊清偿全部的60万元。根据规定，新入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务，以其认缴的出资额为限承担责任。

(8) 债权人B银行可以要求庚清偿全部的60万元。根据规定，新入伙的普通合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

课后习题

一、简答题

1. 什么是合伙企业？其设立条件是什么？
2. 什么是普通合伙企业？《合伙企业法》关于普通合伙企业有哪些法律规定？
3. 什么是特殊的普通合伙企业？《合伙企业法》关于特殊的普通合伙企业有哪些法律规定？
4. 什么是有限合伙企业？《合伙企业法》关于有限合伙企业有哪些法律规定？

二、不定项选择题

1. 下列对普通合伙企业设立的论述，符合法律规定的是（　　）。

A. 公民张某与自己年仅13周岁的儿子成立一个合伙企业

B. 合伙人必须一次全部缴付出资，不可以约定分期出资

C. 公民甲、乙、丙丁出资设立一个普通合伙企业，甲可以以劳务出资
D. 合伙企业名称中没有标明“普通”或是“有限”字样的话，就视为普通合伙企业

2. 除合伙协议另有约定外，普通合伙企业存续期间，下列行为中，不必经全体合伙人一致同意的是(　　)。
A. 合伙人之间转让其在合伙企业中的财产份额
B. 以合伙企业名义为他人提供担保
C. 聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员
D. 处分合伙企业的不动产

3. 根据《合伙企业法》的规定，下列有关普通合伙企业的说法错误的是(　　)。
A. 合伙人为自然人的，可以是限制民事行为能力人
B. 利润分配和亏损分担办法是合伙协议应该记载的事项
C. 合伙企业解散清算委托第三人担任清算人的，需要经全体合伙人一致同意
D. 合伙人之间约定的合伙企业亏损的分担比例对合伙人和债权人均有约束力

4. 下列有关有限合伙企业设立条件的表述中，不符合《合伙企业法》的规定的是(　　)。
A. 有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人
B. 有限合伙企业中的合伙人一律不得以劳务作为出资
C. 有限合伙人可以用知识产权作价出资
D. 有限合伙企业登记事项中应载明有限合伙人的姓名或名称

5. A有限合伙企业有三个合伙人，其中甲和乙为有限合伙人，丙为普通合伙人，由丙执行合伙企业事务。某日，甲未经丙同意，代表A有限合伙企业与B公司签订了一份合同，B公司有理由相信甲为普通合伙人。如果该合同给A有限合伙企业造成巨大损失，下列说法正确的是(　　)。
A. 该损失由合伙企业承担
B. 该损失由普通合伙人承担责任
C. 该损失由甲以其对合伙企业的出资额承担有限责任
D. 该损失由甲承担与普通合伙人同样的责任

6. 某有限合伙企业于2015年2月1日设立，2015年4月1日张某作为有限合伙人入伙，张某认缴的出资额是10万元，占出资比例10%，此时该有限合伙企业对外有50万元的到期债务。如果2015年6月1日该有限合伙企业解散，清算结果是，共有不能清偿到期债务120万元。对此，张某应承担的数额是(　　)。
A. 5万元　　B. 10万元　　C. 12万元　　D. 50万元

7. 下列有关有限合伙人的表述中，符合《合伙企业法》的规定的有(　　)。
A. 有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质
B. 有限合伙人可以根据合伙协议的约定执行合伙事务
C. 有限合伙人经全体合伙人协商一致可以劳务出资
D. 有限合伙人向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，须通知其他合伙人

8. 关于特殊的普通合伙企业，下列表述正确的有(　　)。
A. 适用于以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构



B. 一个合伙人在执业活动中造成合伙企业债务的，其他合伙人承担有限责任

C. 企业名称中应当标明“特殊普通合伙”字样

D. 应当建立执业风险基金

9. 根据《合伙企业法》的规定，普通合伙企业的合伙人发生的下列情形中，属于自愿退伙的有(　　)。

A. 合伙人未履行出资义务

B. 发生合伙人难以继续参加合伙的事由

C. 合伙人故意给合伙企业造成损失

D. 合伙协议约定的退伙事由出现

10. 甲为A普通合伙企业的合伙人，因故欠合伙企业以外的乙人民币10万元，无力用个人财产清偿。乙在不满足于用甲从A合伙企业分得的收益偿还其债务的情况下，可以采取的合法行为是(　　)。

A. 代为行使甲在A合伙企业的权利

B. 请求人民法院强制执行甲在A合伙企业的财产份额用于清偿

C. 要求抵销所欠A合伙企业的部分货款

D. 直接变卖甲在A合伙企业的财产份额用于清偿

三、案例分析题

甲、乙、丙、丁共同投资设立了A有限合伙企业(以下简称A企业)。合伙协议约定：甲、乙为普通合伙人，分别出资10万元；丙、丁为有限合伙人，分别出资15万元；甲执行合伙企业事务，对外代表A企业。2014年A企业发生下列事实：

2月，甲以A企业的名义与B公司签订了一份12万元的买卖合同。乙获知后，认为该买卖合同损害了A企业的利益，且甲的行为违反了A企业内部规定的甲无权单独与第三人签订超过10万元合同的限制，遂要求各合伙人做出决议，撤销甲代表A企业签订合同的资格。

4月，乙、丙分别征得甲的同意后，以自己在A企业中的财产份额出质，为自己向银行借款提供质押担保。丁对上述事项均不知情，乙、丙之间也对质押担保事项互不知情。

8月，丁退伙，从A企业取得退伙结算财产12万元。

9月，A企业吸收庚作为普通合伙人入伙，庚出资8万元。

10月，A企业的债权人C公司要求A企业偿还6月份所欠款项50万元。

11月，丙因所设个人独资企业发生严重亏损不能清偿D公司到期债务，D公司申请人民法院强制执行丙在A企业中的财产份额用于清偿其债务。人民法院强制执行丙在A企业中的全部财产份额后，甲、乙、庚决定A企业以现有企业组织形式继续经营。

经查：A企业内部约定，甲无权单独与第三人签订超过10万元的合同，B公司与A企业签订买卖合同时，不知A企业该内部约定。合伙协议未对合伙人以财产份额出质事项进行约定。

要求：根据上述材料，分别回答下列问题：

(1) 甲以A企业的名义与B公司签订的买卖合同是否有效？并说明理由。

(2) 合伙人对撤销甲代表A企业签订合同的资格事项做出决议，在合伙协议未约定表决办法的情况下，应当如何表决？

(3) 乙、丙的质押担保行为是否有效？并分别说明理由。

(4) 如果A企业的全部财产不足清偿C公司的债务，对不足清偿的部分，哪些合伙人应当承担清偿责任？如何承担清偿责任？

(5) 人民法院强制执行丙在A企业中的全部财产份额后，甲、乙、庚决定A企业以现有企业组织形式继续经营是否合法？并说明理由。

第4章 公 司 法

学习目标

通过本章的学习，要求学生掌握有限责任公司的设立、组织机构与股权转让；掌握股份有限公司的设立、组织机构、股份发行与转让；掌握公司股票、债券的发行与转让；熟悉公司财务、会计的主要规定；了解公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务；了解公司合并、分立、解散与清算的相关法律规定。

课前案例

甲、乙、丙、丁等20人拟共同出资设立一个有限责任公司，股东共同制定了公司章程。在公司章程中，对董事任期、监事会组成、股权转让规则等事项作了如下规定：①公司董事任期为4年；②公司设立监事会，监事会成员为7人，其中包括2名职工代表；③股东向股东以外的人转让股权，必须经其他股东2/3以上同意。

根据上述内容，分别回答下列问题：

(1) 公司章程中关于董事任期的规定是否合法？简要说明理由。

(2) 公司章程中关于监事会职工代表大会人数的规定是否合法？简要说明理由。

(3) 公司章程中关于股权转让的规定是否合法？简要说明理由。

4.1 公司及公司法概述

4.1.1 公司概述

1. 公司的概念和特征

一般认为，公司是指依法设立的，以营利为目的的，由股东投资形成的企业法人。根据《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)的规定，公司是指依照《公司法》在我国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。公司具有以下特征：

1) 依法设立

公司的依法设立包含三个层次的含义：①公司设立需依据专门的法律，即《公司法》和其他有关法律、行政法规；②公司的设立应符合《公司法》和其他特别法规定的实质要

件；③公司设立应遵循《公司法》及相关法律法规规定的程序；履行法定的申请、审批和登记手续，否则不能设立。

2）以营利为目的

任何投资者投资设立公司的目的都是为了获取利润。营利目的不仅要求公司本身为取得营利而活动，而且要求公司有盈利时应当分配给股东，某些具有营利活动的组织，如果其利润不分配给股东，而是用于社会公益等其他目的，则不具有营利性。公司的营利活动应是具有连续性的营业，一次性的、间歇性的营利行为不构成经营性的营利活动。

3）由股东投资行为设立

公司由股东的投资行为设立。股东投资行为形成的权利是股权。股权是一种独立的特殊权利，不同于所有权，也不同于经营权等他物权，更不同于债权。依据《公司法》第4条的规定，公司股东依法享有资产受益、参与重大决策和选择管理者等权利。由于实践中的公司大多数是由多数股东组成的社团法人，所以典型的股权仍被视为具有社员权的性质。

4）公司具有法人资格

公司是一种具有法人地位的企业组织，具体表现在：①公司拥有独立的财产。虽然这些财产是由股东出资组成的，但一经出资给公司，所有权即归公司所有，而股东只享有股权。②公司设有独立的组织机构。③公司独立承担财产责任。公司以其自身拥有的全部资产对其债务负责。公司的独立责任是其独立人格的标志，是公司具有法人地位的集中表现。

2. 公司的分类

依据不同的标准，可以对公司做出不同的划分：

（1）根据股东对公司所承担的责任，将公司分为无限责任公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司、有限责任公司。

（2）根据公司信用，将公司分为人合公司、资合公司、人合兼资合公司。

（3）根据公司体制，将公司分为总公司和分公司。《公司法》第14条第1款规定：“公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。”

（4）根据资本控制关系，将公司分为母公司和子公司。母公司是控制他公司半数以上股份的公司，子公司是指半数以上股份受控于他公司的公司。母、子公司均具有法人资格，依法独立承担民事责任。

（5）根据公司的国籍，将公司分为本国公司、外国公司、多国公司。

（6）根据公司资本来源和性质，将公司分为国有公司、合作或集体所有制公司、私营公司、外商投资公司。

4.1.2 公司法的概念

公司法是规定公司法律地位、调整公司组织关系、规范公司在设立、变更与终止过程中的组织行为的法律规范的总称。公司法的概念有广义与狭义之分。狭义的公司法，仅指专门调整公司问题的法典，如《公司法》，本章主要介绍狭义公司法。广义的公司法，除包括专门的公司法典外，还包括其他有关公司的法律、法规、行政规章、司法解释以及其

他各法之中的调整公司组织关系、规范公司组织行为的法律规范。

1993年12月29日全国人大常委会通过《中华人民共和国公司法》，并分别于1999年、2004年、2005年进行了三次修订。新修订的《公司法》自2006年1月1日起施行。

4.1.3 公司法人财产权与股东权利

1. 公司法人财产权

公司作为企业法人享有法人财产权，即公司拥有依法对股东投资形成的财产行使占有、使用、收益、处分的权利。公司的财产虽然源于股东，但股东一旦将财产投入公司，便丧失对该财产的直接支配的权利，只享有公司的股权，由公司享有对该财产的支配权力。股东投资于公司的财产需要通过对资本的注册与股东的其他财产明确分开，不允许股东在公司成立后又抽逃出资，或占用、支配公司的资金、财产。

为保护公司财产及股东的权益，《公司法》对公司法人财产权的行使做了以下限制性规定：

1）对外担保



公司向他人提供担保，按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或担保的总额及单项投资或担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。

公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东或者股东大会决议。接受担保的股东或者受实际控制人支配的股东，不得参加上述规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权过半数通过。

【例题4-1单选题】 A公司是由甲出资20万元、乙出资50万元、丙出资30万元、丁出资80万元共同设立的有限责任公司。丁申请A公司为其银行贷款做担保，为此A公司召开股东会，甲、乙、丙、丁均出席会议，乙明确表示不同意，根据公司法律制度的规定，下列关于会议决议的表述中，正确的是（　　）。

A. 该决议必须经甲、乙、丙、丁四个股东全部通过，因乙不同意而不能通过

B. 该决议必须经甲、乙、丙三个股东全部通过，因乙不同意而不能通过

C. 该决议必须经全体股东所持表决权的过半数通过，因甲、丙、丁所持表决权占72.22%，因此通过

D. 该决议必须经甲、乙、丙股东所持表决权的过半数通过，因甲、丙所持表决权未过半数，因此不能通过

【答案】 D

2）对外投资

公司可以向其他企业投资，除法律另有规定外，公司不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。公司向其他企业投资，按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议。

2. 公司股东权利

公司股东依法享有资产受益、参与重大决策和选择管理者等权利。

1）股东权分类

（1）以股东权行使的目的是为股东个人利益还是涉及全体股东共同利益为标准，可以将股东权分为共益权和自益权。共益权是指股东依法参与公司事务的决策和经营管理的权

利，它是股东基于公司利益同时为自己的利益而行使的权利，包括股东会或股东大会参加权、提案权、质询权，在股东会或股东大会上的表决权、累积投票权，股东会或股东大会召集请求权和自行召集权，了解公司事务、查询公司账簿和其他文件的知情权，提起诉讼权等权利。自益权是指股东仅以个人利益为目的而行使的权利，即依法从公司取得收益、财产或处分自己股权的权利，包括股利分配请求权、剩余财产分配权、新股认购优先权、股份质押权和股份转让权等。

（2）以股权行使的条件为标准划分，分为单独股东权和少数股东权。单独股东权是指每一单独股份均享有的权利，即只持有一股股份的股东也可单独行使的权利，如自益权、表决权等。少数股东权是指须单独或共同持有占股本总额一定比例以上股份方可行使的权利，如请求召开临时股东会或股东大会的权利等。

2）股东知情权

股东知情权是指公司股东了解公司信息的权利。按照公司类型不同，股东知情权可分为有限责任公司股东知情权和股份有限公司股东知情权。《公司法》分别在第 34 条和第 98 条对有限责任公司和股份有限公司股东的知情权做了规定。

3）股东诉讼

（1）股东代表诉讼。也称股东间接诉讼，是指当董事、监事、高级管理人员或者他人的违反法律、行政法规或者公司章程的行为给公司造成损失，公司拒绝或者怠于向该违法人员请求损害赔偿时，具备法定资格的股东有权代表其他股东，代替公司提起诉讼，请求违法行为人赔偿公司损失的行为。

（2）股东直接诉讼。股东直接诉讼是指股东对董事、高级管理人员违反规定损害股东利益的行为提起的诉讼。公司董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以依法向人民法院提起诉讼。

监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到上述股东的书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起 30 日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续 180 日以上单独或者合计持有公司 1%以上股份的股东，有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

4）股东滥用股东权的责任

（1）公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

（2）公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

（3）公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反规定给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

4.1.4 公司的登记管理

公司登记是国家赋予公司法人资格与企业经营资格，并对公司的设立、变更、终止加以规范、公示的一种行政行为。设立公司，应当依法向登记机关申请设立登记。法律、行政法规规定必须报经审核批准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。公司经公司登记

机关依法登记，领取企业法人营业执照，方可取得企业法人资格。未经公司登记机关登记的，不得以公司名义从事经营活动。公司登记分为设立登记、变更登记、注销登记。

1. 设立登记

设立登记应当申请名称预先核准，预先核准的公司名称保留期为6个月。预先核准公司名称在保留期内，不得用于从事经营活动，不得转让。设立公司应当向公司登记机关申请设立登记，并提交相关文件。公司登记机关依法核准登记后，发给企业法人营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。

2. 变更登记

公司变更登记事项，应当向原公司登记机关申请变更登记。未经变更登记的，公司不得擅自改变登记事项。

3. 注销登记

公司解散有两种情况：一是不需要清算的，如合并、分立而解散的公司，其债权、债务由继续存续的公司承继；二是应当清算的，如依法宣告破产、股东会议决定解散等。公司解散应当申请注销登记，经公司登记机关注销登记，公司终止。

4. 分公司登记

分公司不具有法人资格，其民事责任由总公司承担。设立分公司的，应当向分公司所在地的公司登记机关申请登记。

5. 公司年度检验

公司应当按照公司登记机关管理规定，在每年3月1日至6月30日接受公司登记机关的年度检验，提交年度检验报告书、年度资产负债表和利润表、企业法人营业执照等。

4.2 有限责任公司

4.2.1 有限责任公司的概念和法律特征

在公司法立法史上，有限责任公司是出现最晚的一种公司类型，自1892年德国首创，迅速推行，目前已经成为世界各国最普遍采用的公司组织形式。

1. 有限责任公司的概念

有限责任公司是指依法设立，由不超过一定人数的股东出资组成，股东以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资本对公司债务承担责任的企业法人。

2. 有限责任公司的法律特征

有限责任公司具有以下法律特征：

1）人资两合性

资金的联合和股东之间的信任是有限责任公司两个缺一不可的信用基础。

2）封闭性

有限责任公司的封闭性表现为：股东人数有限、不向社会公开募股、出资证明不能上市流通、转让严格限制、财务管理等信息无须向社会公开。

3）组织机构设置灵活

由于有限责任公司具有封闭性的特点，国家对有限责任公司干预较少，相应地，公司组织机构设置也比较灵活。

4）转让严格限制

有限责任公司股权发生转让，需经全体股东过半数通过，不同意转让的股东应购买该转让出资，否则视为同意。同等情况下，其他股东享有优先认股权。

5）股东参加管理

上述特征是典型的有限责任公司的特征。《公司法》也有例外规定，国有独资公司、一人公司不具备上述这些法律特征。

4.2.2 有限责任公司的设立

1. 有限责任公司设立的条件

根据《公司法》第23条的规定，设立有限责任公司，应当具备以下五个条件：

1）股东符合法定人数

《公司法》规定有限责任公司由50个以下股东出资设立，取消了原有限责任公司股东最少为2人的下限，允许设立一人公司。

2）股东出资达到法定资本最低限额

（1）有限责任公司的注册资本为在公司登记机关依法登记的全体股东认缴的出资额。法律、行政法规以及国务院决定规定公司注册资本实行实缴的，注册资本为股东或者发起人实缴的出资额或者实收股本总额。公司登记机关依据法律、行政法规和国家有关规定登记公司的注册资本，对符合规定的，予以登记；对不符合规定的，不予登记。公司注册资本数额、股东或者发起人的出资时间及出资方式应当符合法律、行政法规的有关规定。

（2）出资方式。股东或者发起人可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资。股东或者发起人不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。

（3）出资责任。股东不按照规定缴纳出资的，除应当足额缴纳外还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任，股东缴纳出资后，必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。有限责任公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额，公司设立时的其他股东承担连带责任。发起人股东的这一资本充实责任是法定责任，不得以发起人协议的规定、公司章程规定或股东会决议免除。

【例题4-2单选题】 甲、乙、丙共同出资设立一有限责任公司，其中，公司章程规定丙以房产出资30万元，公司成立后又吸收了丁入股。后查明，丙作为出资的房产仅值20万元，丙现在可执行的个人财产为6万元。下列处理方式中，不符合《公司法》规定的是（　　）。

A. 丙以现有可执行财产补足差额，不足部分由丙在3年内用公司分得的利润予以补足

B. 丙以现有可执行财产补交差额，不足部分由甲、乙补足

C. 丙以现有可执行财产补交差额，不足部分由甲、乙、丁补足

D. 丙无须补交差额，甲、乙、丁不承担补足出资的连带责任

【答案】 B

3）股东共同制定公司章程

公司章程是记载公司组织、活动基本准则的公开性法律文件。设立有限责任公司必须由股东共同依法制定公司章程。股东应当在公司章程上签名、盖章。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。根据《公司法》附则第217条规定，高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

根据《公司法》第25条规定，有限责任公司章程应当载明以下事项：公司的名称和住所；公司经营范围；公司注册资本；股东的姓名或者名称；股东的出资方式、出资额和出资时间；公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；公司法定代表人；股东会会议认为需要规定的其他事项。

4）有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构

公司的名称起着主体识别的作用。我国公司的名称一般由四部分组成，即行政区划的名称、字号、经营范围、公司类型。有限责任公司必须有自己的名称，并且在名称中要标明"有限责任公司"或"有限公司"字样。

公司组织机构是公司的法人机关，是形成公司独立意志，代表法人进行各种活动的机构。有限责任公司的组织机构一般包括：股东会、董事会、监事会等。

5）有公司住所

任何公司都必须有住所，不允许设立无住所的公司。公司住所的确定便于公司与其客户进行业务往来，也便于政府实施监管、征收税款、确定诉讼管辖、确定法律文书送达地址等。公司可以有多个经营场所，但是作为公司主要办事机构所在地住所只有一个，须在章程中载明并予以登记。

2. 有限责任公司设立的程序

1）内部订立公司章程

股东设立有限责任公司，必须订立公司章程，将要设立的公司基本情况以及各方面的权利义务加以明确规定。公司章程须经有限责任公司有表决权的出资人2/3以上通过。

2）外部办理登记

股东的首次出资经依法设立的验资机构验资后，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关报送公司登记申请书、公司章程、验资证明等文件，申请设立公司。公司经核准登记后，领取公司营业执照。

有限责任公司在登记注册后，应向股东签发出资证明书。出资证明书由公司盖章，并且在上面必须记载以下事项：公司名称；公司成立日期；公司注册资本；股东姓名或者名称、缴纳的出资额和出资日期；出资证明书的编号和核发日期。

4.2.3 有限责任公司的组织机构

1. 股东会

1）股东会职权

有限责任公司股东会由全体股东组成，股东会是公司的最高权力机构。但一人有限责

任公司和国有独资公司不设股东会。

有限责任公司的股东会行使下列职权：①决定公司的经营方针和投资计划；②选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；③审议批准董事会的报告；④审议批准监事会或者监事的报告；⑤审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；⑥审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；⑦对公司增加或者减少注册资本作出决议；⑧对发行公司债券作出决议；⑨对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；⑩修改公司章程；⑪公司章程规定的其他职权。对前款所列事项股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章。

2）股东会的形式

股东会会议分为定期会议和临时会议。定期会议应当按照公司章程的规定按期召开。代表1/10以上表决权的股东，1/3以上的董事，董事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议。

3）股东会的召开

首次股东会会议由出资最多的股东召集和主持，依法行使职权。以后的股东会会议，公司设立董事会的，由董事会召集，董事长主持；董事长不能或者不履行职务的，由副董事长履行；副董事长不能或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。公司不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持。董事会或者执行董事不能或不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表1/10以上表决权的股东可以自行召集和主持。

召开股东会会议，应当于会议召开15日前通知全体股东；但公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。股东会应当对所议事项的决定做成会议记录，并且出席会议的股东应当在会议记录上签名。

4）股东会的决议

股东会会议由股东按照出资比例行使表决权，但公司章程另有规定的除外。股东会的议事方式和表决程序，除《公司法》另有规定以外，由公司章程规定。

股东会会议做出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表2/3以上表决权的股东通过。

2. 董事会

1）董事会的组成

董事会是公司股东会的执行机构，对股东会负责。有限责任公司设董事会（依法不设立董事会的除外），其成员为3～13人。两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中也可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以不设董事会，而设1名执行董事。

董事会设董事长1人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过3年。董事任期届满，可以连选连任。董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的，

在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。

2）董事会的职权

董事会行使下列职权：①召集股东会会议，并向股东会报告工作；②执行股东会的决议；③决定公司的经营计划和投资方案；④制订公司的年度财务预算方案、决算方案；⑤制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；⑥制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；⑦制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；⑧决定公司内部管理机构的设置；⑨决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；⑩制定公司的基本管理制度；⑪公司章程规定的其他职权。

3）董事会的决议

董事会会议由董事长召集和主持，董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举1名董事召集和主持。董事会的议事方式和表决程序，除《公司法》另有规定的外，由公司章程规定。董事会决议的表决，实行一人一票制。董事会应对所议事项的决定做成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

3. 监事会

1）监事会的组成

有限责任公司设监事会，其成员不得少于3人。股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以不设监事会，只设1～2名监事。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于1/3，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司通过职工代表大会、职工大会或者其他形式的民主选举产生。董事、高级管理人员不得兼任监事。

监事会设主席1人，由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举1名监事召集和主持监事会会议。

监事的任期每届为3年。监事任期届满，连选可以连任。监事任期届满未及时改选，或者监事在任期内辞职导致监事会成员低于法定人数的，在改选出的监事就任前，原监事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行监事职务。

2）监事会的职权

监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权：①检查公司财务；②对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；③当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；④提议召开临时股东会会议，在董事会不履行法律规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；⑤向股东会会议提出提案；⑥依照《公司法》第152条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；⑦公司章程规定的其他职权。监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会、不设监事会的公司的监事行使职权所需的费用，由公司承担。

监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常，可以进行调查，必要时，

可以聘请会计师事务所协助其工作，费用由公司承担。

监事会每年度至少召开一次会议，监事可以提议召开临时监事会会议。监事会的议事方式和表决程序，除《公司法》另有规定的外，由公司章程规定。监事会决议应当经半数以上监事通过，监事会应当对所议事项的决定做成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

4. 经理

《公司法》第50条规定，有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。据此规定，在有限责任公司中经理不再是必设机构而成为选设机构。公司章程可以规定不设经理，而设总裁、首席执行官等职务，行使公司的管理职权。

经理对董事会负责，行使下列职权：①主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；②组织实施公司的年度经营计划和投资方案；③拟定公司内部管理机构设置方案；④拟定公司的基本管理制度；⑤制定公司的具体规章；⑥提请聘任或者解聘公司的副经理、财务负责人；⑦决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；⑧董事会授予的其他职权。公司章程对经理职权另有规定的，按照其规定。

4.2.4 一人有限责任公司的特别规定

《公司法》第58条允许设立一人有限责任公司，这是立法的一大突破，体现了法律对现实生活需要的承认。所谓一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。为维护债权人等利害关系人的权益，保障社会经济秩序，《公司法》对一人有限责任公司的设立和组织用专门一节做出了特殊规定，以加强对其监管，特殊规定以外的问题，则适用对有限责任公司的一般规定。

根据《公司法》的规定，股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额，不允许分期缴付出资。此外，《公司法》规定一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司，禁止其设立多个一人有限责任公司，而且该有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。

一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明。一人有限责任公司的章程由股东制定。

一人有限责任公司不设股东会。法律规定的股东会职权由股东行使，当股东行使相应职权做出决定时，应当采用书面形式，并由股东签字后备案于公司。一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计。

为防止一人有限责任公司的股东滥用公司法人人格与有限责任制度，将公司财产混同于个人财产，抽逃出资，损害债权人的利益，《公司法》第64条规定，一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

【例题4-3单选题】 王某出资12万元设立了一人有限责任公司。公司存续期间，王某的下列行为中，符合公司法律制度规定的是(　　)。

A. 决定由本人担任公司经理和法定代表人

B. 决定用公司盈利再投资设立另一家一人有限责任公司

C. 决定减少注册资本5万元

D. 决定不编制财务会计报告

【答案】 A

4.2.5 有限责任公司的股权转让

我国《公司法》对有限责任公司股东转让股权做出了一定的法律限制。《公司法》第72条规定："有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半同意，股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意。其他股东自接到书面通知之日起30日内未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。"

1. 股东之间转让股权

我国《公司法》规定，有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。《公司法》对股东之间转让股权没有限制，因为股东向公司的其他股东转让股权，无论是转让全部股权还是转让部分股权，都不会有新股东的产生，其他股东已有的伙伴关系不会受到任何影响，因此也就没有必要对这种转让进行限制。

2. 股东向股东以外的人转让股权

我国《公司法》规定，股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意，实践中股东向股东以外的人转让股权不再需要经过股东会决议。《公司法》在第38条对股东会职权的规定中，采取股东将其股权转让事项书面通知其他股东的方式个别征求同意，从而彻底解决了股东会如何表决以及实践中股东会可能会因种种原因难以召开、影响股权转让顺利进行的问题，体现了有限责任公司在此问题上具有的人合性法律特征。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满30日内未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权，不购买的，视为同意转让。这一规定有利于解决实践中恶意拖延，损害转让人合法权益的问题。

经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上的股东同时主张优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。但是公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。这体现了对当事人意思自治的尊重，即公司章程可以对股东之间的股权转让以及股东向股东以外的人转让股权做出与《公司法》不同的规定。一旦公司章程对股权转让做出了不同的规定，就应当依照公司章程的规定执行。

3. 人民法院强制转让股东股权

人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满20日内不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格，但公司章程另有规定的除外。

人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权，是指人民法院依照民事诉讼法等法律规定的执行程序，强制执行生效的法律文书时，以拍卖、变卖或者其他方式转让

有限责任公司股东的股权。

4.3 股份有限公司

4.3.1 股份有限公司的概念和法律特征

股份有限公司的出现被认为不亚于蒸汽机的出现和电力的发明。股份有限公司能广泛集资，是典型的股份制企业，对社会经济发展具有重大意义。

股份有限公司是指依法设立，全部资本分成等额股份，股东以其所持股份为限对公司承担责任，公司以其全部资本对公司债务承担责任的企业法人。股份有限公司具有以下法律特征：

1）公开性

与有限责任公司的封闭性不同，股份有限公司募股集资方式是公开的，无论发起设立还是募集设立，都必须向社会公开或者在一定范围内公开募集资本，招股公开，公司财务管理信息等状况也须公开。

2）规模性

股份有限公司股东人数无上限规定，即"封底不封顶"，这就使股份有限公司的股东具有最大的广泛性，决定了公司的规模性。

3）流动性

流动性特征是相对于无限责任公司的出资不能转让、有限责任公司出资转让严格限制而言的。股份有限公司资本外部表现形式为股票，股份转让自由。当然为了保证公司和股东的利益，保证社会经济秩序，法律也对股份转让中的主体、范围、时间等做了必要的限制性规定。

4）资合性

股份有限公司的信用基础就是公司的资本，与股东个人的人身性，如信誉、地位、声望等没有直接联系，投资人只要出资就能成为股东。

5）设立要求严格

股份有限公司具有特殊的机构及地位和组织活动地位，是唯一能发行股票的公司，因此，国家必须以严格的法律手段对其加强管理和监督，立法要求股份有限公司设立需具备法定条件，履行严格的批准手续，并依较复杂的程序设立。

4.3.2 股份有限公司的设立

股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式。发起设立是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。募集设立是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。《公司法》对股份有限公司的设立采取准则主义，只要符合法律规定的条件，可直接向登记机关申请登记设立。

1. 股份有限公司的设立条件

根据新《公司法》第 77 条的规定，设立股份有限公司，应当具备以下条件：

（1）发起人符合法定人数，即有2人以上200人以下为发起人，其中须半数以上的发起人在中国境内有住所。股份有限公司发起人承担公司筹办事务。发起人应当签订发起人协议，明确各自在公司设立过程中的权利和义务。

（2）发起人认购和募集的股本达到法定资本最低限额。股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关依法登记的全体发起人认购的股本总额。股份有限公司采取募集设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关依法登记的实收股本总额。法律、行政法规以及国务院决定规定公司注册资本实行实缴的，注册资本为股东或者发起人实缴的出资额或者实收股本总额。股份发行、筹办事项符合法律规定。

（3）股份发行、筹办事项符合法律规定。

（4）发起人制定公司章程，采用募集方式设立的须经创立大会通过。股份有限公司的章程应当载明下列事项：①公司名称和住所；②公司经营范围；③公司设立方式；④公司股份总数、每股金额和注册资本；⑤发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式和出资时间；⑥董事会的组成、职权、任期和议事规则；⑦公司法定代表人；⑧监事会的组成、职权、任期和议事规则；⑨公司利润分配办法；⑩公司的解散事由与清算方法；⑪公司的通知和公告方法；⑫股东大会会议认为需要规定的其他事项。

（5）有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构。

（6）有公司住所。

2. 股份有限公司的设立程序

1）发起设立方式的程序

（1）发起人书面认购公司章程规定的股份。

（2）缴纳出资。章程规定一次缴纳的，应缴纳全部出资；分期缴纳的，应缴纳首期出资。

（3）选举董事会和监事会。

（4）申请设立登记。由董事会向公司登记机关申请设立登记。

2）募集设立方式的程序

（1）发起人认购股份。

（2）向社会公开募集股份。公告招股说明书，并制作认股书。应当由依法设立的证券公司承销。

（3）召开创立大会。发行股份的股款缴足后，必须经依法设立的验资机构出具证明。发起人应当自股款缴足后30日内主持召开创立大会。创立大会由发起人、认股人组成。发起人应当在创立大会召开前15日内将会议日期通知各认股人或者予以公告。创立大会应有代表股份总数过半数的发起人、认股人出席方可举行。

发行的股份超过招股说明书规定的截止期限尚未募足的，或者发行股份的股款缴足后，发起人在30日内未召开创立大会的，认股人可以按照所缴纳股款并加算银行同期利息，要求发起人返还。

创立大会行使下列职权：审议发起人关于公司筹办情况的报告；通过公司章程；选举董事会成员；对公司的设立费用进行审核；对发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核；发生不可抗力或者经营条件发生重大变化直接影响公司设立的，可以做出不设立公司的决议，做出此项决议时，必须经出席会议的认股人所持表决权过半数通过。

(4) 申请设立登记。董事会应当于创立大会结束后30日内，向公司登记机关申请设立。股份有限公司成立后，发起人未按照公司章程的规定缴足出资的，应当补缴，其他发起人承担连带责任。股份有限公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的发起人补足其差额，其他发起人承担连带责任。

发起人、认股人缴纳股款或者交付抵作股款的出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开创立大会或者创立大会决议不设立公司的情形外，不得抽回股本。

有限责任公司变更为股份有限公司时，折合的实收股本总额不得高于公司净资产额。有限责任公司变更为股份有限公司，为增加资本公开发行股份时，应当依法办理。

4.3.3 股份有限公司的组织机构

股份有限公司的组织机构由三部分组成：股东大会、董事会及经理、监事会。上市公司还可增设独立董事和董事会秘书。

1. 股东大会

股份有限公司股东大会由全体股东组成。股东大会是公司的权力机构，依法行使职权，其职权范围与有限责任公司股东会相同。

1）股东大会的形式

股份有限公司的大会分为股东年会和临时股东大会两种。股东大会应当每年召开一次年会。发生下列情形之一，应当在2个月内召开临时股东大会：董事人数不足本法规定人数或者公司章程所定人数的2/3时；公司未弥补的亏损达到实收股本总额的1/3时；单独或者合计持有公司10%以上的股份的股东请求时；董事会认为必要时；监事会提议召开时；公司章程规定的其他情形时。上市公司的年度股东大会应当于上一会计年度结束后的6个月内举行。股东大会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能或者不履行职务的由副董事长主持；副董事长不能或不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。董事会不能或者不履行召集股东大会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；监事会不召集和主持的，连续90日以上单独或者合计持有公司10%以上股份的股东可以自行召集和主持。

2）股东大会的召开

召开股东大会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开20日前通知各股东；临时股东大会应当于会议召开15日前通知各股东；发行无记名股票的，应当于会议召开30日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。

上市公司应当在保证股东大会合法、有效的前提下，通过各种方式和途径，包括充分运用现代信息技术手段，扩大股东参与股东大会的比例。股东大会时间地点的选择应有利于让尽可能多的股东参加会议。

单独或者合计持有公司3%以上股份的股东，可以在股东大会召开10日前提出临时提案并书面提交董事会；董事会应当在收到提案后2日内通知其他股东，并将该临时提案提交股东大会审议。临时提案的内容应当属于股东大会职权范围，并有明确议题和具体决议事项。

股东大会不得对上述两项通知中未列明的事项做出决议。无记名股票持有人出席股东大会会议的，应当于会议召开5日前至股东大会闭会时将股票交存于公司。

3）股东大会的决议

股东大会决议的事项分为普通事项与特别事项两类。股东大会对普通事项做出决议，必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过。但是，股东大会做出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

《公司法》和公司章程规定公司转让、受让重大资产或者对外提供担保等事项必须经股东大会做出决议的，董事会应当及时召集股东大会会议，由股东大会就上述事项进行表决。

股东大会选举董事、监事，可以依照公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。累积投票制是指股东大会选举董事或者监事时，每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用。累积投票制的实施有利于中小股东按照其持股比例选举代表进入公司管理层，参与董事会的活动，保护其利益。根据《上市公司治理准则》的规定，控股股东控股比例在30%以上的上市公司，应当采用累积投票制。采用累积投票制度的上市公司应在公司章程中规定该制度的实施细则。

股东可以委托代理人出席股东大会会议，代理人应当向公司提交股东授权委托书，并在授权范围内行使表决权。股东大会应当对所议事项的决定做成会议记录，主持人、出席会议的董事应当在会议记录上签名。会议记录应当与出席股东的签名册及代理出席的委托书一并保存。

2. 董事会、经理

1）董事会

董事会是股东大会的执行机构，对股东大会负责。董事会由5～19人组成，董事会成员中可以有公司职工代表。董事应根据公司和全体股东的最大利益，忠实、诚信、勤勉地履行职责。董事由股东大会选举产生。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过3年。董事任期届满连选可以连任。

股份有限公司董事会的职权，适用有限责任公司董事会职权的规定。

股份有限公司董事会设董事长1人，可以设副董事长。董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。

董事会每年度至少召开2次会议，每次会议应当于会议召开前15日通知全体董事和监事。代表1/10以上表决权的股东、1/3以上董事或者监事，可以提议召开董事会临时会议。董事会应当自接到提议后10日内，召集和主持董事会会议。董事会召开临时会议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。

董事会应当对会议所议事项的决定做成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

董事会会议应有半数的董事出席方可举行。董事会做出决议，必须经全体董事的过半数通过。董事会决议的表决，实行一人一票。

2）经理

股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。公司董事会可以决定由董事会成

员兼任经理。股份有限公司的经理职权适用于有限责任公司经理职权的规定。为保证上市公司与其控股股东在人员、资产、财务上严格分开，上市公司的总经理必须专职，总经理在集团等控股股东单位不得担任除董事以外的其他职务。

公司应当定期向股东披露董事、监事、高级管理人员从公司获得报酬的情况。公司不得直接或者通过子公司向董事、监事、高级管理人员提供借款。上市公司总经理及高层管理人员(副总经理、财务主管和董事会秘书)必须在上市公司领薪，不得由控股股东代发薪水。

3. 监事会

股份有限公司设监事会，履行监督职责，其成员不得少于3人。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于1/3，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。董事、高级管理人员不得兼任监事。上市公司的监事应具有法律、会计等方面的专业知识或工作经验。监事会的人员和结构应确保监事会能够独立有效地行使对董事、经理和其他高级管理人员及公司财务的监督和检查。

监事会设主席1人，可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能或者不履行职务的，由监事会副主席召集和主持监事会会议；监事会副主席不能或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举1名监事召集和主持监事会会议。

股份有限公司监事的任期、监事会的职权与有限责任公司相同。监事会行使职权所必需的费用，由公司承担。

监事会每6个月至少召开一次会议。监事可以提议召开监事会会议。监事会的议事方式和表决程序，除法律另有规定以外，由公司章程规定。上市公司应在公司章程中规定监事会的议事规则。监事会会议应严格按规定程序进行。监事会应当对所议事项的决定做成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

4.3.4 股份有限公司的股份发行和转让

股份有限公司的基本特征之一，便是注册资本划分为金额相等的股份。股份是指按相等金额或者相同比例，平均划分公司资本的基本计量单位，是公司资本的最小划分单位。公司的股份采取股票的表现形式。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。

1. 股份发行

股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利。同次发行的同种类股票，每股的发行条件和价格应当相同；任何单位或者个人所认购的股份，每股应当支付相同价款。

股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。因为低于票面金额发行股票，违背资本充实原则，使股票发行募集的资金低于公司相应的注册资本数额，出现资本虚增，会影响交易安全，危及债权人利益。

公司发行的股票，可以为记名股票，也可以为无记名股票。发起人的股票，应当标明“发起人股票”字样。公司向发起人、法人发行的股票应当为记名股票，应当记载该发起

人、法人的名称或者姓名。

公司经国务院证券监督管理机构核准公开发行新股时，必须公告新股招股说明书和财务会计报告，并制作认股书。公司公开发行新股应当由依法设立的证券公司承销，签订承销协议，并同银行签订代收股款协议。公司发行新股，可以根据公司经营状况和财务状况，确定其作价方案。公司发行新股募足股款后，必须向公司登记机关办理变更登记并公告。

2. 股份转让

股份有限公司的股份以自由转让为原则，以法律限制为例外。《公司法》修订以后，从各个方面放宽了对股份转让的法律限制。根据《公司法》的规定，股东持有的股份可以依法转让。股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。上市公司的股票，依照有关法律、行政法规及证券交易所交易规则上市交易。

记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。股东大会召开前20日或者公司决定分配股利的基准日前5日内，不得进行股东名册的变更登记，但法律上对上市公司股东名册变更登记另有规定的，从其规定。无记名股票的转让，由股东将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。

发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起1年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起1年内不得转让。

公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的25%；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起1年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份；但是因司法强制执行、继承、遗赠、依法分割财产等导致股份变动的除外。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份做出其他限制性规定。

公司不得收购本公司股份，但有下列情况之一的除外：①减少公司注册资本；②与持有本公司股份的其他公司合并；③将股份奖励给本公司职工；④股东因对股东大会做出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份的。为防止变相违规收购本公司股份，公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。

4.4 公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务

4.4.1 公司董事、监事、高级管理人员的资格

公司董事、监事、高级管理人员在公司中具有非常重要的地位并具有法定的职权，因此需要对其任职资格作必要的限制性规定，以保证其具有正确履行职责的能力与条件。

《公司法》规定，有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：

(1) 无民事行为能力或者限制民事行为能力。无民事行为能力人是指10周岁以下的

未成年人和不能辨认自己行为的精神病人。限制民事行为能力人是指10周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人。

（2）因贪污、贿赂、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾5年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾5年。

（3）担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾3年。

（4）担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾3年。

（5）个人所负数额较大的债务到期未清偿。

公司违反《公司法》的上述规定选举、委派董事、监事或者聘用高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。公司董事、监事、高级管理人员在任职期间出现上述所列情形的，公司应当解除其职务。

【例题4-4多选题】 甲公司于2008年7月依法成立，现有数名推荐的董事人选。根据公司法的规定，下列人员中，不能担任公司董事的有（　　）。

A. 王某，因担任企业负责人犯重大责任事故罪于2001年6月被判处3年有期徒刑，2004年刑满释放

B. 张某，与他人共同投资设立一家有限责任公司，持股70%，该公司长期经营不善，负债累累，于2006年被宣告破产

C. 徐某，2003年向他人借款100万元，为期2年，但因资金被股市套住至今未清偿

D. 赵某，曾任某音像公司法定代表人，该公司未经著作权人许可大量复制音像制品，于2006年5月被工商部门吊销营业执照，赵某负有个人责任

【答案】 CD

4.4.2 公司董事、监事、高级管理人员的义务

公司董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。公司董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。

《公司法》规定，公司董事、高级管理人员不得有下列行为：①挪用公司资金；②将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；③违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；④违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；⑤未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；⑥接受他人与公司交易的佣金归为己有；⑦擅自披露公司秘密；⑧违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反上述规定所得的收入应当归公司所有。

公司董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

公司股东会或者股东大会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。董事、高级管理人员应当如实向公司监事会或者不设监事会的公司的监事提供有关情况和资料，不得妨碍监事会或者监事行使职权。

4.4.3 股东诉讼

公司股东针对侵害自己或公司利益的行为，依法享有提起诉讼的权利。股东可通过直接诉讼和间接诉讼来维护合法权益。

1. 股东直接诉讼

股东对董事、高级管理人员损害股东利益行为提起的诉讼。根据《公司法》第153条的规定，公司董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以依法向人民法院提起诉讼。

2. 股东间接诉讼

股东间接诉讼，也称股东代表诉讼，是指当董事、监事、高级管理人员或者他人的违反法律、行政法规或者公司章程的行为给公司造成损失，公司拒绝或者怠于向该违法行为人请求损害赔偿时，具备法定资格的股东有权代表其他股东，代替公司提起诉讼，请求违法行为人赔偿公司损失的行为。股东间接诉讼的目的是为了保护公司和股东的共同利益，而不仅仅是个别股东的利益。

根据侵权人身份的不同与具体情况的不同，提起股东间接诉讼有以下几种程序：

1）股东对公司董事、监事、高级管理人员给公司造成损失行为提起诉讼的程序

按照《公司法》规定，公司董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。为了确保责任者真正承担相应的赔偿责任，《公司法》第152条对股东间接诉讼做出了如下规定：

（1）股东通过监事会或者监事提起诉讼。公司董事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼。

（2）股东通过董事会或者董事提起诉讼。监事执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东，可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

（3）股东直接提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者监事会、执行监事收到上述股东的书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起30日内未提起诉讼，或者情况紧急，不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害时，有限责任公司的股东、股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东，有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

2）股东对他人给公司造成损失行为提起诉讼的程序

公司董事、监事、高级管理人员以外的他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东可以书面请求监事会或者监事、董事会或者董事向人民法院提起诉讼，或者直接向人民法院提起诉讼。提起诉讼的具体程序，依照上述股东对公司董事、监事、高级管理人员给公司造成损失行为提起诉讼的程序进行。

4.5 公司的财务会计制度和利润分配

4.5.1 公司财务会计制度

公司财务会计工作是指在会计法规、会计原则或者会计制度的指导下，以货币为主要计量形式，对公司的整个财务活动和经营状况进行记账、算账、报账，为公司管理者和其他利害关系人定期提供公司财务信息的活动。

公司的财务会计制度具有重要意义，主要表现在：

(1) 有利于保护投资者和债权人的利益。普通投资者除参加决定一些重大事项外，一般不参与公司日常的生产经营，只能通过了解公司的生产经营状况和财务会计情况，来维护自身的利益。公司资产是对债权人的担保，公司财务状况如何，直接影响其债权是否能够得到清偿。公司财务会计工作的规范化，可以保证公司正确核算经营成果，合理分配利润；可以保证公司资产的完整，使债权人的利益得到保护。

(2) 有利于吸收社会投资。投资者做出对公司是否投资的决定依赖于公司财务会计信息的披露。公司财务会计制度的规范化和公开化，可以使人们方便地了解到公司的经营状况和盈利能力，有利于吸收社会投资。

(3) 有利于政府的宏观管理。健全的财务会计制度有利于正确记录、反映公司的经营状况，有利于政府制定政策，实施管理。

4.5.2 公司财务报告制度

公司的财务会计报告是反映公司生产经营的成果和财务状况的总结性书面文件。它由公司的会计报表构成。我国《公司法》规定，公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。财务会计报告应当按照法律、行政法规和国务院财政部门的规定制作。公司财务报表一般包括：

1. 资产负债表

资产负债表是根据“资产＝负债＋股东权益”这一基本平衡公式，依照一定的分类标准和次序，将公司在某一特定日期的资产、负债及股东权益各项目予以适当排列编制而成的报表。资产负债表反映的是公司在某一特定日期的静态财务状况，它是最基本的也是国际上通行的财务报表。

资产负债表可以提供以下几方面的信息：①反映公司资本的规模和资产构成情况。②反映公司的权益结构。公司的权益结构又称财务结构，是指公司资金来源中借入资本与自有资本的比例关系。在不同的财务结构下，公司所承受的风险不同。自有比例越高，说明公司财务基础比较稳固；借入资本比例高，说明公司负债经营程度高，因此风险较大。③通过资产构成与权益结构两方面的对比，反映公司的短期清偿能力和支付能力；通过前后期资产负债表的对比，揭示公司财务状况的变化。

2. 损益表

损益表是反映公司在一定期间的经营成果及其分配情况的报表。损益表反映了公司一

定日期内的收入、费用(包括成本)及其盈利或亏损，展示了公司的盈亏项目，凸显了公司利润(或亏损)实现的过程，体现了公司在某一时期动态的业务经营状况，因此又被称为动态的会计报表。

损益表可以提供以下几方面的信息：①反映公司经营活动的成果。损益表中的“净利润”数据通常被认为是对公司经营成果最好的揭示。②反映公司长期偿债的能力。公司实现净利润意味着公司的现金、应收账款等流动性资产的增加，这些资产是公司支付能力的有力保证。③反映公司所得税的纳税基础。会计所得是计算应税所得的基础，纳税申报表中的许多项目，如营业收入、营业费用等，都可以在损益表中得到反映。④通过前后各期损益表的对比，可以预测公司未来一定时期的盈利趋势，评估公司的经营管理水平。

4.5.3 公司利润分配

1. 公司税后利润

公司利润是指公司在一定期间的经营成果，包括营业利润、投资净收益和营业外收支净额。营业利润是营业收入减去营业成本、期间费用和各种流转税及附加税费的余额。投资净收益是指公司对外投资收入减去投资损失后的余额。营业外收支净额是指与公司经营没有直接关系的各种营业外收入减去营业外支出后的余额。公司税后利润则是指公司当年利润减去应纳所得税的余额。

2. 公司税后利润的分配原则和顺序

我国公司法对公司税后利润分配的规定，严格贯彻了兼顾股东、债权人、公司及社会公众利益的原则，明确公司税后利润首先用于弥补公司亏损，其次用于提留公司公积金，最后才能进行股息和红利的分配。基于上述原则，公司税后利润额分配顺序为：①弥补以前年度的亏损，但不得超过税法规定的弥补期限；②弥补在税前利润弥补亏损之后仍存在的亏损；③提取法定公积金；④提取任意公积金；⑤按股东的出资比例或股东持有的股份比例分配。

公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司按照股东实缴的出资比例分配，但全体股东约定不按照出资比例分配的除外；股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。

公司股东会、股东大会或者董事会违反规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。公司持有的本公司股份不得分配利润。

4.6 公司合并、分立、解散和清算

4.6.1 公司合并

1. 公司合并的形式

公司合并是指两个以上的公司依照法定程序变为一个公司的行为。其形式有两种：一

是吸收合并；二是新设合并。吸收合并是指一个公司吸收其他公司加入本公司，被吸收的公司解散。新设合并是指两个公司合并设立一个新的公司，合并各方解散。公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

2. 公司合并的程序

（1）签订合并协议。公司合并，应当由合并各方签订合并协议。合并协议应当包括以下主要内容：①合并各方的名称、住所；②合并后存续公司或新设公司的名称、住所；③合并各方的债权债务处理办法；④合并各方的资产状况及其处理办法；⑤存续公司或新设公司因合并而增资所发行的股份总额、种类和数量；⑥合并各方认为需要载明的其他事项。

（2）编制资产负债表及财务清单。

（3）做出合并决议。由公司的最高权力机关依法做出合并决议。如有限责任公司股东会在对公司合并做出决议时，必须由代表2/3以上表决权的股东通过。股份有限公司的股东大会在对公司合并做出决议时，必须由出席会议的持2/3以上表决权的股东通过。

（4）通知债权人。公司应当自做出合并决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自公告之日起45日内，可以要求公司清偿债务或者提供相应担保。

（5）依法进行工商变更登记。公司合并后，应当依法向公司登记机关办理相应的变更登记、注销登记、设立登记。

4.6.2 公司分立

1. 公司分立的形式

公司分立是指一个公司依照法定程序分立为两个以上的公司。公司分立的形式有两种：一是公司以其部分财产另设一个或数个新的公司，原公司存续；二是公司以其全部财产分别归入两个以上的新设公司，原公司解散。公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

2. 公司分立的程序

公司分立的程序与公司合并的程序基本一样，要签订分立协议，编制资产负债表及财产清单，做出分立决议，通知债权人，办理工商变更登记等。

4.6.3 公司解散

1. 公司解散的概念

公司解散是指公司因发生章程规定或法律规定的除破产以外的终止事由而停止业务活动，并进行清算的状态和过程。根据我国《公司法》的规定，解散不仅是指法律或章程规定的公司终止事项，还包括结束公司营业、处理公司善后等一系列活动。

公司解散的特征如下：①公司解散使公司的法人资格消灭，公司解散的目的和结果是公司停止存在并消灭法人资格和市场经营主体资格。②存在解散事由。这些解散事由通常

是由法律或章程规定的。③解散是一个时间过程。解散事由出现并不会使公司立即消灭。当公司出现解散事由时，其法人资格尚未消灭，在清算期间，其法人资格仍视为存续，一直到公司清算完毕注销后才消灭其主体资格，但存续公司的能力受到限制。④公司解散必须要经过法定清算程序。

2. 公司解散的原因

根据我国《公司法》的规定，公司因下列原因解散：①公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；②股东会或者股东大会决议解散；③因公司合并或分立需要解散；④依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；⑤人民法院依法予以解散。

公司有上述第①项情形的，可以通过修改公司章程而存续。公司依照规定修改公司章程的，有限责任公司须经持有2/3以上表决权的股东通过，股份有限公司须经出席股东大会会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权10%以上的股东，可以请求人民法院解散公司。公司被依法宣告破产的，依照有关企业破产的法律实施破产清算。

4.6.4 公司清算

1. 公司清算的概念

公司清算是指公司被解散或者被宣告破产后，依照法律规定了结其事务，收回其债权，清偿债务并分配其财产，最终使其消灭的法定程序。

公司清算是公司消灭的必经程序。公司只有经过清算程序，清查公司的财产，核实公司的债权和债务并做出妥善处理，以终结或解散公司现存的法律关系，处理公司的剩余财产，才能使被解散的公司丧失其法人资格。因此，除因合并或分立而解散外，其余原因导致的公司终止，均须经过清算程序。

公司清算对于维护债权人利益、保护投资人利益和其他利害关系人的利益等具有重要的意义。

2. 公司清算的效力

进入清算程序后，公司便进入终止前的特殊阶段，即清算期间。在此期间，公司的权利能力和行为能力均出现重大变化。清算的效力主要表现在以下几方面：

1）公司仍具有法人资格，但其权利能力、行为能力受到限制

清算期间，在清算目的范围内，公司法人资格继续存在，其权利能力和行为能力有所限制。公司不得再进行新的经营活动，公司的全部活动应局限于清理公司已经发生但尚未了结的事务，包括清偿债务、实现债权以及处理公司内部事务。

2）公司的代表机构为清算组织

清算期间，公司的董事会不再依其职责代表公司，公司的财产、印章、财务文件等均由清算组织接管，改由清算组接管公司的财产和事务，负责处理公司未了解的事务，并代表公司对外进行诉讼。在普通清算时，公司的董事一般担任清算人。此外，清算期间公司股东(大)会和监事会仍然存在，可以行使原有的职权，但以清算事务为限。此时，法律和

公司章程关于监事的职权，股东(大)会召集程序，少数股东召集股东大会的请求，董事和监事的说明义务、忠实义务，董事与公司的关系，监事的停止请求权，股东账簿查询权等规定仍然适用。

3）公司财产在未按法定程序清偿前，不得分配给股东

经过清理查实的公司财产，要依照法律规定的顺序分配。公司财产必须先支付清算费用、职工工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务，这之后如果还有剩余财产，才能对股东进行分配。

清算结束后，公司所有事务均已了结，债务清偿完毕，这时公司财产已全部被分配，清算组织即可向公司登记机关申请公司注销，公司终止。

3. 公司解散时的清算

1）成立清算组

根据《公司法》的规定，公司应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组(合并或分立解散除外)，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。

2）清算组的职权

根据《公司法》的规定，清算组在清算期间行使下列职权：①清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；②通知、公告债权人；③处理与清算有关的公司未了结的业务；④清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；⑤清理债权、债务；⑥处理公司清偿债务后的剩余财产；⑦代表公司参与民事诉讼活动。

清算组在公司清算期间代表公司进行一系列民事活动，全权处理公司经济事务和民事诉讼活动。根据《公司法》的规定，清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务。清算组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产。清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

3）清算程序

清算工作程序一般如下：

(1) 登记债权。清算组应当自成立之日起10日内通知债权人，并于60日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自公告之日起45日内，向清算组申报其债权。债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。

(2) 清理公司财产，制定清算方案。清算组应对公司财产进行清理，编制资产负债表和财产清单，制定清算方案。清算方案应当报股东会、股东大会或者人民法院确认。清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足清偿债务，应当依法向人民法院申请宣告破产。公司经人民法院裁定宣告破产后，清算组应当将清算事务移交给人民法院。

(3) 清偿债务。公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。清算期间，公司存续，但不得开展与清

算无关的经营活动。公司财产在未按上述程序清偿前，不得分配给股东。

（4）公司公告终止。公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会、股东大会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。

本章小结

> 公司法的功能是对公司内外法律关系进行全面调整。公司的内部关系是股东之间、股东与公司之间、公司内部组织结构之间的关系。公司的外部关系是公司与第三人(包括债权人和债务人)、公司与社会之间的关系。公司法负有的重要使命是通过对公司内外法律关系的法律调整，实现对股东、公司、债权人利益的保护和社会经济秩序的维护。本章以有限责任公司和股份有限公司为主要分析对象，反映了《公司法》平衡公司、股东和债权人的合法权益的价值取向。



重要概念

公司法(Company Law)、母公司(Parent Corporation)、子公司(Subsidiary Corporation)、有限责任公司(Limited Liability Company)、表决要求(Required of Voting)、股票(Stock)、发起人协议(Prein Corporation Agreement)、董事(Director)



案例分析



2014年8月8日，甲、乙、丙、丁共同出资设立了一家有限责任公司。公司未设董事会，仅设丙为执行董事。2015年6月8日，甲与戊订立合同，约定将其所持有的全部股权以20万元的价格转让给戊。甲于同日分别向乙、丙、丁发出拟转让股权给戊的通知书。乙、丙分别于同年6月20日和24日回复，均要求在同等条件下优先购买甲所持公司全部股权。丁于同年6月9日收到甲的通知后，至7月15日未就此项股权转让事项作任何答复。

公司股东会于2015年2月就2014年度利润做出决议，决定将公司在该年度获得的可分配利润68万元全部用于分红，并在4月底之前实施完毕。至7月底丁尚未收到上述分红利润，在没有公告公司任何机构和人员的情况下，直接向人民法院提起诉讼，要求实施分红决议。

根据上述内容，分别回答下列问题：

（1）丁未作答复将产生何种法律效果？并说明理由。

（2）乙、丙均要求在同等条件下，优先受让甲所持公司全部股权，应当如何处理？

（3）丁直接向人民法院提起诉讼的行为是否符合法律程序？并说明理由。

分析与启示：

（1）丁未作答复视为同意转让。根据规定，股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满30日未答复的，视为同意转让。在本案例中，丁自6月9日收到甲的通知后满30日未给予答复，视为同意转让。

（2）乙、丙均主张优先购买权时，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对此另有约定的，从其约定。

（3）丁直接提起诉讼符合规定。根据规定，公司董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以直接作为原告向人民法院提起诉讼。



课后习题

一、简答题

1. 简述有限责任公司的概念与特征。

2. 简述分公司的法律地位与子公司的法律地位有什么不同。

3. 简述公司法关于一人公司的特殊规定。

二、不定项选择题

1. 甲是乙公司依法设立的分公司。下列表述中，符合公司法律制度规定的是(　　)。

A. 甲应有自己的营业执照，以自己的名义进行营业活动，并独立承担民事责任

B. 甲应有独立的法人资格，以自己的名义进行营业活动，并独立承担民事责任

C. 甲应有自己的营业执照，可以没有独立的财产，但独立承担民事责任

D. 甲应有自己的营业执照，并以自己的名义进行营业活动，但不独立承担民事责任

2. 公司在经营活动中可以以自己的财产为他人提供担保。根据公司法律制度的规定，下列关于担保的表述中，正确的是(　　)。

A. 公司经理可以决定为本公司的客户提供担保

B. 公司董事长可以决定为本公司的客户提供担保

C. 公司经理可以决定为本公司的股东提供担保

D. 公司董事会可以决定为本公司的股东提供担保

3. 张三、李四、王五成立天问投资咨询有限公司，张三、李四各以现金50万元出资，王五以价值20万元的办公设备出资。张三任公司董事长，李四任公司总经理。根据公司法律制度的规定，公司成立后，股东的下列行为中，构成抽逃出资的有(　　)。

A. 张三与自己所代表的公司签订一份虚假购货合同，以支付货款的名义，由天问公司支付给自己50万元

B. 李四以公司总经理身份，与自己所控制的另一公司签订设备购置合同，将15万元的设备款虚报成65万元，并已由天问公司实际转账支付

C. 王五擅自将天问公司的笔记本电脑拿回家

D. 三人决议制作虚假财务会计报表虚增利润，并进行分配

4. 甲、乙、丙共同出资设立了A有限责任公司，公司章程未对股权转让做出规定。2015年4月，丙与丁达成协议，将其在A公司的出资全部转让给丁，甲、乙均不同意，下列解决方案中，不符合公司法律制度规定的是(　　)。

A. 由甲或乙购买丙的出资

B. 由甲和乙共同购买丙的出资

C. 如果甲、乙均不愿购买，丙无权将出资转让给丁

D. 如果甲、乙均不愿购买，丙有权将出资转让给丁

5. 公司与合伙的主要区别是(　　)。

A. 公司的营利性特征　　B. 公司的社团性特征

C. 公司的法人性特征　　D. 公司的联合性特征

6. 某有限责任公司有股东A、B、C、D，其中股东A欲转让其出资给股东以外的人甲，下列关于该转让的表述中，不正确的是(　　)。

A. 如果B、C表示同意，则A可以将其出资转让给甲

B. 如果B、C表示同意，则A转让的出资与甲的购买条件相同时，D有优先购买权

C. 如果B同意，但C、D均表示反对，则A不能向甲转让其出资

D. 如果B同意，但C、D均表示反对，则C、D应当购买A转让的出资，若不购买视为同意转让

7. 下列各情形可以担任股份有限公司董事的有(　　)。

A. 甲，五年前因交通肇事罪被判处有期徒刑1年

B. 乙，66岁，曾任市政府副秘书长，现退休在家

C. 丙，因曾经营一独资企业欠下大量借款，债权人至今仍在追讨

D. 丁，两年前被任命为一家长期经营不善的国有企业的厂长，上任后不久该企业被宣告破产

8. 美国某公司依照我国《公司法》规定在上海设立分支机构，下列有关该分支机构的表述正确的有(　　)。

A. 属于中国法人　　B. 属于外国法人分支机构

C. 独立承担民事责任　　D. 其责任由其外国公司承担

9. A股份有限公司的董事会由11人组成，其中董事长1人，副董事长2人。该董事会某次会议的下列行为不符合《公司法》规定的有(　　)。

A. 因董事长不能出席会议，董事长指定某位副董事长E某主持该次会议

B. 通过了增加公司注册资本的决议

C. 通过了解聘公司现任经理，由副董事长E某兼任经理的决议

D. 会议所有决议事项均载入会议记录后，由主持会议的副董事长E某和记录员签名留档

10. 有限责任公司的股东会，必须经代表2/3以上表决权的股东通过的事项有(　　)。

A. 发行公司债券

B. 公司增加或减少注册资本，合并、分立、解散或者变更公司形式

C. 修改公司章程

D. 选举和更换董事

三、案例分析题

甲、乙共同成立A有限责任公司(简称A公司)，注册资本200万元。其中甲持有60%股权，乙持有40%股权。2014年8月25日，A公司聘请李某为公司总经理，负责公司日常经营管理。双方约定，除基本工资外，李某可从公司每年税后利润中提取1%作为奖金。同时，A公司股东会决议：同意李某以其

姓名作价10万元出资，其余10万元出资以李某未来从A公司应分配的奖金中分期缴纳。

2015年1月初，乙要求退资。经股东会同意，1月20日，A公司与乙签订退资协议，约定A公司向乙返还80万元出资款。1月28日，A公司向乙支付80万元后，并向债权人发出了通知和公告。债权人丙接到通知后，当即提出异议，认为股东出资后不得撤回，并要求A公司立即清偿债务。A公司则以丙的债券尚未到期为由拒绝清偿。

根据上述资料，分别回答下列问题：

(1) 李某可否以姓名出资？并说明理由。

(2) 丙以股东出资后不得撤回为由反对乙退资的主张是否成立？并说明理由。

(3) 丙是否有权要求A公司清偿未到期债务？并说明理由。

第5章 合 同 法

学习目标

通过本章学习，使学生掌握合同法的基本原理、基本制度、合同的订立和效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同权利义务的终止、违约责任等内容；培养运用所学理论知识分析和解决实际案例的能力。

课前案例

2011年7月1日，甲钢铁公司(以下简称甲公司)向乙建筑公司(以下简称乙公司)发函，其中有甲公司生产的各种型号钢材的数量、价格表和一份订货单，订货单表明：各种型号钢材符合行业质量标准，若乙公司在8月15日前按照价格表购货，甲公司将满足供应，并负责运送至乙公司所在地，交货后付款。7月10日，乙公司复函称：如果A型号钢材每吨下降200元，我公司愿意购买3 000吨A型号钢材，贵公司如同意，须在7月31日前函告。7月25日，甲公司决定接受乙公司的购买价格，在甲公司作出决定后同日收到乙公司的撤销函件，表示不再需要购买A型号钢材。7月26日，甲公司正式发出确认函告知乙公司，表示接受乙公司就A型号钢材的购买数量及价格，并要求乙公司按照约定履行合同。乙公司于当日收到甲公司的确认函。乙公司认为其已给甲公司发出撤销函件，故买卖合同未成立，因此双方发生争议。

要求：根据合同法律制度的规定，分别回答下列问题：

(1) 2014年7月1日，甲公司向乙公司发出的函件是要约还是要约邀请？简要说明理由。

(2) 2014年7月10日，乙公司向甲公司回复的函件是否构成承诺？简要说明理由。

(3) 乙公司主张买卖合同未成立的理由是否成立？简要说明理由。

5.1 合同法概述

5.1.1 合同的概念、特征与分类

1. 合同的概念和特征

合同，依罗马法的定义，是双方当事人之间发生债权、债务的合意。在罗马法中，合同(Contractus)一词由“con”和“tractus”组合而成，“con”源于“cum”，有“共”的意思，“tractus”意为交易，合起来意为“共相交易”。

我国《合同法》第2条规定，合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。同时规定："婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。"

合同具有以下特征：

(1) 合同是一种民事法律行为。

(2) 合同是两方以上当事人意思表示一致的民事法律行为。

(3) 合同是以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的的民事法律行为。

(4) 合同是当事人各方在平等、自愿的基础上实施的民事法律行为。

2. 合同的分类

1) 双务合同与单务合同

根据合同当事人双方是否互负给付义务，可以将合同分为双务合同和单务合同。

双务合同是当事人双方互负给付义务，如买卖、互易、租赁等合同。单务合同是指仅有一方当事人负给付义务的合同，赠予、借用即为单务合同。

2) 有偿合同与无偿合同

根据当事人取得利益是否须付相应代价为标准，可以将合同分为有偿合同和无偿合同。

有偿合同是指当事人一方享有合同规定的权益，必须向对方当事人偿付相应代价的合同。买卖、租赁、保险等合同是其典型。无偿合同是指当事人一方享有合同约定的利益，但无须付出相应代价的合同，赠予合同、借用合同即为无偿合同。

3) 诺成合同与实践合同

根据合同的成立是否以标的物的交付为要件，可以将合同分为诺成合同和实践合同。

诺成合同是指当事人各方的意思表示一致即可成立的合同。实践合同是指除当事人各方意思表示一致以外，还须交付标的物才能成立的合同。

4) 要式合同与不要式合同

根据合同的成立是否须采用法律要求的形式为要件，可以将合同分为要式合同和不要式合同。

要式合同是指法律要求必须具备一定形式的合同。融资租赁合同、建设工程合同即为要式合同。不要式合同是指当事人订立合同无须采用特定形式即可生效的合同。应指出，不要式合同并不排斥当事人采用书面、公证等特定形式，允许当事人自由选择合同的形式。

5) 主合同与从合同

根据合同是否须以其他合同的存在为前提而存在，可以将合同分为主合同和从合同。

主合同是无须以其他合同的存在为前提即可独立存在的合同。从合同是必须以其他合同的存在为前提才可存在的合同，如保证合同。

5.1.2 合同法的概念

合同法是调整平等主体之间设立、变更、终止财产权利义务的合同关系的法律规范的总称。它主要规范合同的订立、合同的效力及合同的履行、变更、解除、保全、违约责任等问题。

1999年3月15日，第九届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）。《合同法》分为总则、分则、附则三篇，共23章428条，自1999年10月1日起实施。

5.1.3 合同法的基本原则

合同法的基本原则是贯穿整个合同法制度中的根本准则，是制定、解释、执行和研究合同法的出发点。

1. 平等原则

《合同法》第3条规定：合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。平等原则具体表现是：在具体的合同关系中当事人的地位平等；合同主体受平等的法律保护。

2. 自愿原则

《合同法》第4条规定：当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。合同自愿原则的具体内容表现在以下七个方面的自由权上：①缔约决定权；②对合同相对人的选择权；③合同内容的确定权；④合同变更和解除权；⑤违约责任的约定权；⑥解决合同争议方式的选择权；⑦合同形式的选择权。

3. 公平原则

《合同法》第5条规定：当事人应当遵守公平原则确定各方的权利和义务。以利益均衡为价值判断标准的公平原则，要求合同当事人的权利义务要对等，还体现在对免责条款的限制、违约责任的承担等方面要以公平观念为核心。

4. 诚实信用原则

《合同法》第6条规定：当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。诚实信用原则是债权法中的“帝王规则”，它要求合同当事人在行使权利、履行义务时要做到相互忠诚、遵守许诺、讲究信誉。具体表现为：当事人在订立合同时，要真实地向对方当事人陈述合同的有关情况，努力促成合同的成立与生效；在合同订立后，要认真地做好履行合同的准备工作；在合同的履行过程中，要积极履行法律和合同规定的义务；在合同履行完毕后，当事人还要根据诚实信用原则履行相应的附随义务；合同需要解释时，当事人应当妥善平衡当事人的利益，公平合理地确定合同的内容。

5. 遵守公序良俗原则

《合同法》第7条规定：当事人订立、履行合同应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。公序良俗是公共秩序和善良风俗的合称。公共秩序是指满足社会和谐发展的社会公共利益。善良风俗是指符合社会主义精神文明要求的社会公共道德。

5.2 合同的订立

5.2.1 合同订立的形式

《合同法》第10条规定："当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。"其他形式一般为推定形式和沉默形式。推定形式，指合同当事人以表明法律意图的间接行为而不是通过语言文字，表示合同的存在及内容的形式。

【例题5-1】 A与B签订一试用买卖合同，约定A交付笔记本电脑给B，B试用2个月以后决定是否购买，试用期从8月1日至10月1日。9月15日，B将笔记本电脑转卖给C。请问：B的行为于法律上有何效力？

【例题5-2】 设上例中直至10月6日，B既不表示购买，也不表示不购买。则B的行为于法律上有何效力？

5.2.2 合同订立的内容

合同的内容是指当事人经过协商达成的明确双方权利义务的具体条款。合同的内容由当事人约定，但是《合同法》为缔约人提供了示范，不过这些条款并不是任何合同都必须具备的条款，而只是一种提示性条款。

(1) 当事人的姓名(名称)和住所。
(2) 标的。
(3) 数量和质量。
(4) 价款或酬金。
(5) 履行的期限、地点和方式。
(6) 违约责任。
(7) 解决争议的方式。

5.2.3 合同订立的程序

合同的订立一般经过两个阶段：即要约和承诺。

1. 要约

1) 要约的概念和要件

要约是指希望和他人订立合同的意思表示。发出要约的一方为要约人，要约所指向人称为受要约人。

要约的构成要件如下：

(1) 要约必须是特定人所为的意思表示。

(2) 要约必须是向要约人希望与之缔结合同的受要约人发出。但是在特殊情况下，要约人也可以向不特定人发出要约，如商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。

(3) 要约必须具有缔结合同的目的。

(4) 要约的内容必须具体确定。

(5) 要约必须表明要约人得到承诺时即受其约束的意思。

2) 要约邀请

要约邀请是指希望他人向自己发出要约的意思表示。要约与要约邀请有以下几方面的区别：

(1) 要约必须包括未来可能订立合同的主要内容，而要约邀请的内容对于合同来说则是不完整、不具体的。

(2) 要约中含有一种法律约束力的意思表示，即一经受要约人承诺，要约人则应承担要约所约定的义务，而要约邀请则不含有。

(3) 要约往往是向特定人发出，而要约邀请一般则是向不特定人发出。



知识要点提醒

根据我国《合同法》第15条的规定，寄送价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请；商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。

【例题5-3】 甲对乙说："我正考虑卖掉我的手机，价格暂定为500元。"

甲对乙说："我愿意卖掉我的手机，价格为500元。"

请问：以上两个例子中甲的意思表示是否均构成要约?

3) 要约生效的时间

要约生效的时间是指要约从何时开始对要约人和受要约人产生法律效力。我国《合同法》第16条第1款规定："要约达到受要约人时生效。"要约的送达方式不同，其到达时间的确定也不同。采用直接送达方式发出要约的，记载要约的文件交给受要约人时即为送达；采用普通邮寄方式送达的，以受要约人收到要约文件或者要约到达受要约人的信箱的时间为到达时间；采用数据电文方式发出要约的，电文进入收件人指定特定系统的时间或者未指定特定系统情况下电文进入收件人的任何系统的首次时间为要约到达的时间。

4) 要约的撤回、撤销与失效

要约的撤回是指要约在发生法律效力之前，要约人欲使其丧失法律效力的意思表示。《合同法》第17条规定："要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时达到受要约人。"

要约的撤销是指要约在发生法律效力之后，要约人欲使其丧失法律效力的意思表示。《合同法》第18条规定："要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。"但是，有下列情形之一的，要约不得撤销。

(1) 要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销。

(2) 受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了准备工作。

有下列情形的，要约失效。

(1) 拒绝要约的通知到达要约人。

(2) 要约人依法撤销要约。

(3) 承诺期限届满，受要约人未作出承诺。

(4) 受要约人对要约的内容作出了实质性的变更。

【例题5-4 多选题】 甲公司主张乙公司违约，乙公司则主张合同未成立，其理由是自己向甲公司发

出的要约已经撤销。根据合同法律制度的规定，在甲公司可能提出的下列理由中，可以被人民法院认定为乙公司撤销要约不能成立的证据有（　　）。

A. 乙公司在要约中规定了承诺期限

B. 尽管乙公司在要约中未约定承诺期限，但甲公司在接到要约后即已为履行合同做了准备工作

C. 乙公司在要约中明确表示等待甲公司的答复

D. 甲公司发出承诺后才收到乙公司撤销要约的通知

【答案】 ACD

【例题 5-5 单选题】 甲公司于 4 月 1 日向乙公司发出订购一批实木沙发的要约，要求乙公司于 4 月 8 日前答复。4 月 2 日乙公司收到该要约。4 月 3 日甲公司欲改向丙公司订购实木沙发，遂向乙公司发出撤销要约的信件，该信件于 4 月 4 日到达乙公司。4 月 5 日甲公司收到乙公司的回复，乙公司表示暂无实木沙发，问甲公司是否愿意选购布衣沙发。根据合同法律制度的规定，甲公司要约失效的时间是（　　）。

A. 4 月 3 日　　B. 4 月 4 日　　C. 4 月 5 日　　D. 4 月 8 日

【答案】 C

2. 承诺

1）承诺的概念和要件

承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺一经做出，并送达到要约人，合同即告成立。承诺的有效要件包括以下几个：

（1）承诺必须由受要约人做出。受要约人的承诺行为，可由其本人或者授权的代理人做出。

（2）承诺必须向要约人做出。向要约人的代理人做出的承诺，视为向要约人做出的承诺。

（3）承诺的方式必须符合要约的要求。根据《合同法》第 22 条的规定，承诺应当以通知的内容做出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为做出承诺的除外。

（4）承诺的内容应与要约的内容一致。合同的标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等条款，是合同的实质性内容。受要约人对这些内容的变更，即对要约内容的实质性变更，不构成承诺，而是新要约。但承诺对要约的内容做出非实质变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容做出任何变更的以外，属于有效承诺，合同的内容以承诺的内容为准。

（5）承诺须在要约有效期内到达要约人。承诺的迟到是承诺在承诺期限届满后到达要约人。受要约人超过承诺期限发出承诺的，除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外，为新要约。受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情况能够及时到达要约人，但因其他原因承诺达到要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效。

2）承诺的生效与撤回

承诺通知达到要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求做出承诺的行为时生效。

采用数据电文形式订立合同的，承诺到达时间的确定，如同要约达到的时间确定。

承诺可以撤回，但撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时达到要约人。

【例题 5-6 单选题】 2015 年 4 月 30 日，甲以手机短信形式向乙发出购买一台笔记本电脑的要约，

乙于当日回短信同意要约。但由于五一期间短信系统繁忙，甲于5月3日才收到乙的短信，并因为个人原因5月8日才阅读到乙的短信，后于9日回复乙“短信收到”。根据合同法律制度的规定，甲乙之间买卖合同的成立时间是(　　)。

A. 2015年4月30日　　　　B. 2015年5月3日

C. 2015年5月8日　　　　D. 2015年5月9日

【答案】 B

5.2.4 格式条款合同

1. 格式条款的概念

《合同法》第39条第2款规定：格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

2. 格式条款的订立规则

《合同法》第39条第1款规定：采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

3. 格式条款的无效

《合同法》第40条规定：格式条款具有本法第52条和第53条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。

(1) 提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。

(2) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；恶意串通，损害国家、集体或第三人利益；以合法形式掩盖非法目的；损害社会公共利益；违反法律、行政法规强制性规定。具有这些情形的，格式条款无效。

(3) 造成对方人身伤害的免责条款和因故意或者重大过失造成对方财产损失的免责条款无效。

4. 格式条款的解释

《合同法》第41条规定：对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当做出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

5.2.5 缔约过失责任

1. 缔约过失责任的概念及构成要件

缔约过失责任理论，是德国著名法学家耶林最早系统提出的。缔约过失责任是指缔约一方当事人违反诚实信用原则所应承担的先合同义务，而造成对方信赖利益的损失所应承担的民事赔偿责任。

(1) 一方当事人违反了诚实信用原则所负担的义务。

(2) 缔约相对人利益因此蒙受了损失。这种损失有两种形态：①信赖利益的损失。即

一方当事人在与另一方订立合同的过程中，基于信赖关系相信合同最终会成立，然而由于对方的过失导致合同不成立或者无效而造成的损失；② 一方在缔约过程中没有尽到照顾、保护义务而造成他方损失。

(3) 行为人有过错。缔约过失责任中的过错包括故意和过失。

2. 缔约过失责任的主要类型

《合同法》第42条规定，当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

(1) 假借订立合同，恶意进行磋商，即没有订立合同的意思，而是为了损害对方或者他人的利益才与对方谈判。

(2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况。

(3) 有其他违背诚实信用原则的行为。

3. 缔约过失责任的赔偿范围

根据《合同法》第42条规定，缔约过失责任的形式是损害赔偿。

具体而言：

(1) 在合同不成立或虽已成立但被宣告无效或被撤销的情况下，构成缔约过失的一方应赔偿对方的直接损失通常包括：①缔约的费用。如资料费、通信费、差旅费；②准备履行合同所支出的费用。如因信赖合同将成立而进行的接货、进货准备工作，与第三人签订连环购销合同等；③受害人支出上述费用所产生的利息损失；④其他直接的费用支出。

间接损失是指丧失了与第三人另订立合同的机会所产生的损失，这些损失必须是在可以客观预见的范围内，必须是基于信赖利益所产生的损失。

(2) 由于一方当事人在订立合同的过程中未尽到照顾、保护义务而使对方遭受人身损害时，应赔偿因此产生的实际财产损失。

(3) 由于一方当事人在订立合同的过程中未尽到通知、说明义务而使对方遭受财产损害时，也应赔偿因此产生的实际财产损失。

此外，具体操作中应注意以下问题：

第一，损害发生后，如果受害方没有积极采取适当措施，防止损失扩大，就扩大的部分不得要求赔偿。

第二，一般而言，缔约人的信赖利益不能高于其履行利益。

第三，缔约过失责任中如果受害人有过错，则应适用过失相抵原则。

5.3 合同的效力

合同的效力也称为合同的法律效力，是指已经成立的合同在当事人之间产生法律约束力。

5.3.1 合同的生效

合同的生效，是指已依法成立的合同发生法律上的效力。合同的生效与合同的成立是两个不同的概念。合同的成立，是指当事人经过要约和承诺，意思表示一致而达成协议。

它主要解决合同是否存在的问题。

《合同法》第44条第1款规定："依法成立的合同，自成立时生效。"根据合同类型的不同，具体又可分为以下两种情况：

(1) 法律、行政法规规定应办理批准、登记手续方才生效的合同，依照规定在办理批准、登记手续后生效。

(2) 附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。当事人不正当地阻止条件成就的，视为条件成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。

【例题5-7】 甲、乙订立一房屋租赁合同，约定若甲父死亡，则甲提供房屋供乙居住。请问：该合同是附条件还是附期限的合同？

5.3.2 有效合同

有效合同，是指已成立的合同因具备了合同生效的要件，能依合同的约定产生相应的法律约束力的合同。一般说来，合同有效需要满足以下条件：

1. 当事人具有相应的行为能力

当事人订立合同时应具有相应的行为能力。当事人委托代理人代为订立合同时，代理人不仅应当具有相应的行为能力，还应当在委托代理权限内进行，该代理行为的法律后果直接归属被代理人。如果行为人没有代理权、超越代理权或代理权终止后仍以被代理人的名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权而与其订立合同的，构成表见代理，该代理行为的法律后果也直接归属于被代理人。

2. 当事人意思表示真实

当事人意思表示真实是指当事人外在的意思表示与内心的意思是一致的。以欺诈、胁迫的手段订立的合同，损害国家利益的，必然无效。当事人以欺诈、胁迫、乘人之危的手段，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，相对一方享有请求变更或者撤销的权利。

3. 合同的内容不违反法律和社会公共利益

合同的内容和订立目的应当不得违背法律的强制性规定，不得损害国家、集体或第三人的利益，不得违反社会秩序和善良风俗。

5.3.3 无效合同

1. 无效合同的概念

无效合同就是指合同虽然已经成立，但因其在内容和形式上违反了法律、行政法规的强制性规定或社会公共利益，因而被确认为无效的合同。无效合同包括两种情况：一种是整个合同的无效；另外一种情况是合同部分条款无效，这不影响合同其他部分的效力，其他部分仍然是有效的。而且合同无效不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

2. 无效合同的种类

1）一方以欺诈、胁迫手段订立合同，且损害国家利益

所谓欺诈，是指一方当事人采取隐瞒事实真相或者捏造虚假情况的手段，使他人陷入错误而订立的合同。胁迫是指以将来要发生的损害或以直接施加损害相威胁，使对方产生恐惧并因此而订立合同。

2）双方恶意串通，损害国家、集体、第三人利益

恶意串通的合同要求当事人有通谋的故意、通谋的行为以及损害国家、集体或第三人的故意。

3）以合法形式掩盖非法目的

如名为联营实为借贷的联营协议；通过合法的买卖达到隐匿财产、逃避债务的目的。

4）损害社会公共利益

所谓社会公共利益，是指社会公共秩序和善良风俗。

5）违反法律、行政法规的强制性规定

例如，依《合同法》第53条的规定，有以下两种免责条款的合同无效：第一，造成对方人身伤害的；第二，因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

3. 合同无效的法律后果

合同无效的法律后果是自始无效。当事人因无效合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

5.3.4 可撤销合同

1. 可撤销合同的概念和特征

可撤销的合同，又称可变更或可撤销的合同，是指当事人在订立合同时，因意思表示不真实，法律允许撤销权人通过行使撤销权而使已经生效的合同归于消灭。可撤销合同具有以下特征：

（1）可撤销合同在被撤销前是有效的，只有在被撤销后才是自始无效的。

（2）可撤销合同的发生事由是因当事人的意思表示有缺陷。

（3）可撤销合同是由有撤销权的当事人通过行使撤销权来实现的。

2. 可撤销事由

（1）因重大误解而订立的合同。所谓重大误解，是指行为人因对行为的性质，对方当事人，标的物的种类、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相违背，并造成较大损失的情形。

（2）显失公平的合同。所谓显失公平，是指一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利义务明显违反公平、等价有偿原则的情形。

（3）一方以欺诈、胁迫的手段或乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同。所谓乘人之危，是指行为人利用他人的为难处境或紧迫需要，强迫对方接受某种明显不公平的条件并做出违背其真实意思的表示。

3. 撤销权的行使

在欺诈、胁迫、乘人之危的合同中，仅受害方可以行使撤销权；在显失公平、重大误解的合同中，当事人双方均可行使撤销权。撤销权人应向法院或者仲裁机构请求变更或撤销合同。法院或者仲裁机构不得主动撤销。当事人请求变更的，人民法院或仲裁机构不得撤销。当事人请求撤销的，人民法院或仲裁机构可酌情予以变更或撤销。

4. 撤销权的消灭

有下列情形之一时撤销权消灭：

（1）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权的。该"一年"的时间为除斥期间，是不变期间，不适用诉讼时效的中止、中断。

（2）具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

【例题5-8】 甲在乙购物广场购买了一台冰箱，回家后发现该冰箱有质量问题。次日，甲找到乙广场交涉，乙广场承认该冰箱存在质量瑕疵。三天后，甲将该冰箱原价转让给丙。

请问：事后甲能否请求撤销其与乙广场的合同？为什么？

5.3.5 效力待定合同

1. 效力待定合同的概念

效力待定的合同，是指已经成立的合同因不完全符合合同有效的要件，其效力能否发生尚不确定，一般须经权利人表示追认才能生效的合同。导致合同效力未定的主要原因是合同主体资格的欠缺。

效力待定的合同，首先是已成立的合同，其次是其效力状况不确定，不确定的原因在于该合同不符合有关合同生效要件的规定。而决定效力待定的合同归于有效还是无效，取决于第三人的行为，该第三人称为承认权人。如果承认权人承认该合同，合同即为有效；若拒绝承认，合同归于无效。

2. 效力待定合同的情形

1）限制民事行为能力人依法不能独立签订的合同

限制民事行为能力人所签订的合同在主体资格上有瑕疵，因为当事人缺乏完全的缔约能力、代签合同的资格和处分能力。该合同经法定代理人追认后有效；法定代理人不追认的，合同无效。

《合同法》第47条第1款规定，限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但签订的纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。如限制民事行为能力人接受奖励、赠予、报酬等，对于这些纯获利益的合同，他人不得以行为人是限制民事行为能力人为由，主张该合同不具有效力。

根据《合同法》第47条第2款的规定，合同相对人可以催告限制民事行为能力人的法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。

合同相对人还有撤销合同的权利。相对人在法定代理人未追认限制民事行为能力人签订的合同之前，可以撤销自己对限制民事行为能力人所做的意思表示。但是相对人撤销这

类合同必须满足三个条件：

（1）撤销的表示必须是在法定代理人追认之前做出，对于法定代理人已经追认的合同，相对人不得撤销。

（2）只有善意的相对人才可以做出撤销合同的行为。

（3）相对人做出撤销的意思表示，应当以通知的方式做出，任何默认的方式都不构成对此类合同的撤销。

【例题 5-9】 张三有一子张小三，11岁。某日，张小三携家中2 000元到A商城购买2 000元手机一部。张小三携手机回家，张三致电A商城，称承认其子购买手机的行为。则张小三与A商城之间的买卖合同有效。

2）无权代理人签订的合同

无权代理，是指无权代理的人代理他人从事民事法律行为。无权代理可分为狭义无权代理和表见代理两种类型。这里无权代理人签订的合同是指狭义的无权代理，指当事人欠缺代理权所签订的合同(表见代理除外)。

（1）狭义无权代理。狭义无权代理是指行为人完全没有代理权而以本人的名义同他人订立的合同。其构成要件如下：

第一，行为人既没有法定代理权，也没有令人相信其代理权的事实和理由。

第二，行为人以本人名义与第三人订立合同。

第三，第三人须为善意且无过失。

因狭义无权代理而签订的合同包括三种情况：

a. 没有代理权；b. 超越代理权；c. 代理权消灭以后的无权代理。

此类合同是一种效力待定的合同，经本人(即被代理人)追认的，合同有效；不追认的，合同自始无效。对因狭义无权代理而订立的合同，在本人未予追认之前，善意相对人可以催告本人在一个月内予以追认。本人未作表示的，视为拒绝追认；善意相对人也可以撤销其与无权代理人所为的意思表示，但撤销应以通知的方式做出。

【例题 5-10 单选题】 甲是乙公司采购员，已离职。丙公司是乙公司的客户，已被告知甲离职的事实，但当甲持乙公司盖章的空白合同书，以乙公司的名义与丙洽购100吨白糖时，丙公司仍与其签订了买卖合同。根据合同法律制度的规定，下列表述中，正确的是(　　)。

A. 甲的行为构成无权代理，合同效力待定

B. 甲的行为构成无权代理，合同无效

C. 丙公司有权在乙公司追认合同之前，行使撤销权

D. 丙公司可以催告乙公司追认合同，如乙公司在1个月内未作表示，合同有效

【答案】 A

（2）表见代理。表见代理是指行为人虽无代理权，但善意相对人客观上有充分理由相信行为人有代理权，则该代理行为有效。《合同法》第49条规定："行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有正当理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。"《合同法》这一制度的设立，旨在对善意相对人进行保护，以维护交易的安全。

表见代理的成立除须具备一般代理的构成要件，还应具备以下特别要件：

第一，客观上须有使相对人相信行为人有代理权的依据。

第二，相对人须善意无过失，即不知行为人所为的行为系无权代理行为。

第三，作为成立表见代理基础的行为人与相对人之间的民事行为，应具备民事行为成立的有效要件。

此外《合同法》还规定，法人或其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为视为有效。

3）无权处分合同

无权处分合同即无处分权的人为处分他人的财产，并与相对人订立转让财产的合同。如将租赁物卖出或赠予他人。《合同法》第51条规定："无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。"这里说的权利人，是指对财产享有处分权的人。所谓追认是指权利人事后同意该处分财产行为的意思表示。这种追认可以直接向买受人做出，也可以向处分人做出；可以用口头形式做出，也可以用书面形式做出，同时必须用明示的方式做出，沉默和不作为都不视为追认。

【例题5-11多选题】 村民王某因外出打工，将自家的一头牛委托同村的李某照料。李某因母亲生病急需用钱，遂将该牛以自己的名义卖给邻村的张某。因张某未带够钱，约定明日来付款取牛。对此，下列表述正确的有（　　）。

A. 李某的卖牛行为属于无权处分行为

B. 李某与张某所签订的合同为无效合同

C. 李某与张某所签订的合同为效力待定合同

【答案】 AC

5.4 合同的履行

5.4.1 合同履行的原则

1. 合同履行概述

合同履行是指债务人按照合同的约定或法律的规定，全面地、正确地完成自己所承担的合同义务的行为。合同的履行不仅是合同法律效力的主要内容，而且是整个合同法的核心，其他合同制度，如合同成立、担保、保全和解除等制度都是以合同履行为归宿和延伸的。

（1）合同的履行是合同的基本法律效力。合同的保全作为合同效力的延伸，是为了保障合同的完全履行；合同的担保是为了保证合同债权的实现并促使债务人履行债务；合同的变更与转让是对履行内容和履行主体的改变；违约责任则更是合同债务不履行的当然结果。因此，合同履行是其他一切合同制度的归宿和延伸。

（2）合同的履行是债务人所为的特定行为。一般是特定的积极行为，如给付行为，特殊情况的消极行为（如：保密义务）。

（3）合同的履行是实现合同目的的必经途径。

（4）合同的履行又称为合同债务的清偿，也是合同消灭的法律事实。

2. 合同履行的原则

合同履行的基本原则应当包括：全面履行原则、诚实信用原则和经济合理原则以及情事变更原则。

1）全面履行原则

全面履行原则就是合同当事人按照合同关于履行主体、履行标的、数量以及质量、履行时间、履行地点、履行方式、履行费用等内容的约定，全面准确地履行合同义务。

全面履行原则包括以下几方面内容：

第一，当事人必须正确地履行合同规定的内容。

第二，当事人必须全面履行合同约定的内容。

第三，当事人一般应当亲自履行合同。

2）诚实信用原则

诚实信用原则就是要求合同当事人在履行合同的过程中，守信用，重承诺，不容许欺诈、蒙骗、任意毁约等行为。《合同法》第60条第2款规定："当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。"诚信原则不允许当事人以约定排除适用，合同约定条款违背诚信原则的，应为无效。根据合同的性质、目的和交易习惯，当事人应当履行以下附随义务：

(1) 及时通知的义务。

(2) 协助的义务。

(3) 提供必要条件的义务。

(4) 防止损失扩大的义务。

(5) 保密的义务。

3）经济合理原则

经济合理原则要求履行合同时，讲求经济效益，付出最小的成本，取得最佳的合同利益。

4）情势变更原则

情势变更，顾名思义，指的是构成合同基础的客观情况和形势发生根本的变化。在合同有效成立之后、履行之前，出现某种不可归责于当事人原因的客观变化，会直接影响合同履行结果时，法律允许当事人变更或解除合同而免除违约责任的承担。这就是情势变更原则。

阅读资料

自20世纪第二次世界大战后，由于战争的破坏，战后物价暴涨，通货膨胀十分严重。为了解决战前订立的合同在战后的纠纷，各国学者特别是德国学者借鉴历史上的"情势不变条款"理论，提出了情势变更原则，并经法院采为裁判的理由，直接具有法律上的效力。经过长期的发展，这一原则已成为当代合同法中的一个极富特色的法律原则，为各国所普遍采用。

我国法律虽然没有规定情势变更原则，但在司法实践中，这一原则已为司法裁判所采用。因此，情势变更原则，既是合同变更或解除的一个法定原因，更是解决合同履行中情势发生变化的一项具体规则。

【例题5-12单选题】 甲公司与乙公司签订了一份买卖钢铁的合同，约定甲公司在1年内分两批交货。不料合同签订后两个月，钢铁价格上涨了50%，甲公司向乙公司提出请求相应提高价格，被乙公司拒绝，双方诉至法院　法院经过审理，在判决中对合同中约定的价格进行了调整，法院这一判决依据的是合同法中的什么原则？（　　）

A. 自愿原则　　B. 情事变更原则

C. 保护公民、法人的合法民事权益的原则　　D. 遵守法律和国家政策原则

【答案】 B

5.4.2 合同履行的规则

1. 内容约定不明的履行规则

合同履行的规则是指在合同履行中应遵守的具体准则，主要指合同条款约定不明的履行规则。《合同法》第61条和62条规定了相应的履行规则。

《合同法》第61条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充的，按照合同法有关条款或者交易习惯确定。”在双方当事人按第61条仍无法确定时，合同法第62条规定，针对合同条款不明的情况，规定了相应的履行规则：

1）履行标的

当事人在履行合同时，应当严格按照合同约定的数量和质量的标的履行自己的义务。

当事人所交付的标的物的数量如果没有约定，当事人可以协议补充，或者按照合同有关条款或交易习惯确定。

以物为标的的债务履行，其质量要求应当在合同中明确约定。如果没有约定或约定不明确的，当事人可以以协议补充，达不成协议的，按照合同有关条款或交易习惯确定，还不能确定的，按照国家标准、行业标准履行，没有国家标准或者行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。一般应综合考虑履行时履行地有关市场的情况、债务人的履行能力、合同当事人的目的以及其他相关因素进行判断。

2）价款或者报酬

价款或者报酬（以金钱为标的的债务），除涉外合同可以外币计付的以外，国内合同按现行法律的规定，应当以人民币计算和支付。对价款或报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。对价款或报酬约定不明的，当事人可以以协议补充，达不成协议的，按照合同有关条款或交易习惯确定。

3）履行地点

履行地点是债务人履行债务或债权人接受履行的地点。

履行地点约定不明的，《合同法》第61条和62条规定，当事人可以以协议补充，达不成协议的，按照合同有关条款或交易习惯确定，还不能确定的，则根据以下规则确定：

(1) 给付货币的，在接受货币的一方所在地履行。

(2) 交付不动产的，在不动产所在地履行。

(3) 其他标的，在履行义务一方所在地履行。

4）履行期限

履行期限可以为某一期日，某年某月某日甚至某时，也可以是一定期间，如2008年8月底以前，合同生效之日起6个月内等。

如果履行期限不明确的，双方当事人可以另行协议补充，如果协议补充不成的，应当根据合同的有关条款和交易习惯来确定。

如果还无法确定的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

不按履行期限履行，有两种情形：迟延履行和提前履行。

提前履行不一定为不适当履行。我国《合同法》规定，债权人可以拒绝债务人提前履行，但是提前履行不损害债权人利益的除外。债务人提前履行给债权人增加的费用，由债务人负担。

期限不明条款的履行。依据《合同法》第62条第4项的规定：履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

5）履行的方式

履行的方式受制于合同的性质、目的和内容。履行方式有一次全部履行的，有分次、分期、分部分履行的，有定期履行的，有不定期履行的。当事人究竟应当怎样履行，应依合同的规定确定，合同没有约定或约定不明确的，当事人可以以协议补充，达不成协议的，按照合同有关条款或交易习惯确定，还不能确定的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

6）履行费用

当事人如果没有约定的或者约定不明确的，按照合同的有关条款或者交易习惯确定，如果仍然无法确定的，由履行义务的一方负担。

因债权人变更住所或者其他行为而导致履行费用增加时，增加的费用由债权人承担。

【例题5-13单选题】 甲将一台电脑无偿借给乙使用，期限为3个月。在借用期内，甲和丙签订了买卖该电脑的合同，但未对电脑的交付问题进行约定。下列有关该电脑交付的表述中，正确的是(　　)。

A. 丙有权请求甲立即交付电脑

B. 丙有权请求甲随时交付电脑，但应当给甲必要的准备时间

C. 丙有权请求乙立即交付电脑

D. 丙有权请求乙随时交付电脑，但应当给乙必要的准备时间

【答案】 B

2. 价格变化的履行规则

根据《合同法》的有关规定，应当按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。《合同法》第63条规定："执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。"

3. 第三人履行规则

合同履行主体是指履行合同债务和接受合同履行的人。

一般而言，合同履行的主体就是合同关系的债权人和债务人。债务人原则上应当亲自履行合同义务，不得由他人代为履行。

如果按照合同的性质、当事人的约定或法律的规定，当事人的义务不是必须亲自履行的，则合同也可以由第三人履行。

（1）向第三人履行的合同。指债务人本应向债权人履行义务，但由于债权人和债务人经过约定由债务人向第三人履行债务，原债权人的地位不变。根据《合同法》的规定，当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合

约定的，应当向债权人承担违约责任。

（2）第三人代为履行的合同。又称第三人负担的合同，指双方当事人约定债务由第三人履行的合同。根据《合同法》的规定，当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任。

【例题5-14单选题】 甲欲购买乙所有的机器设备一台，双方就价款事宜已谈妥。由于乙已将机器设备出租给丙，故双方约定待租赁期届满由丙负责交付。租赁期满后，丙未交付，甲应向(　　)请求给付。

A. 乙　　　　B. 丙

C. 乙或丙　　　　D. 甲不能向任何人请求，合同无效

【答案】 A

5.4.3 合同履行中的抗辩权

1. 双务合同履行中的抗辩权

所谓抗辩权，是指对抗请求权或否认对方的权利主张的权利，又称异议权。当事人行使抗辩权，效力在于阻止请求权的效力，而不在于变更或者消灭相对人的权利。

因抗辩权的行使使对方请求权消灭或使其效力延期发生，故抗辩权又分为永久的抗辩权和延期的抗辩权。永久的抗辩权，是使对方请求权的行使永久被排除的抗辩权，如时效届满后的抗辩权；延期的抗辩权，是使对方请求权暂时不能行使的抗辩权，典型的就是本教材所要介绍的合同履行中的抗辩权，如同时履行抗辩权、不安抗辩权等。

抗辩权只存在双务合同中，单务合同，如赠予不存在抗辩权。

2. 同时履行抗辩权

1）同时履行抗辩权的概念

所谓同时履行抗辩权，即是指在应当同时履行的双务合同中，一方当事人在同时履行的时间不能履行或者不能适当履行，另一方当事人到履行期时，享有拒绝自己履行的权利。《合同法》第66条规定：当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方未履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。同时履行抗辩权是在双务合同中产生的，如买卖、互易、租赁、承揽、有偿委托、保险、雇佣、劳动等合同。

2）同时履行抗辩权的成立条件

同时履行抗辩权的行使应当具备以下条件：

（1）当事人须因同一双务合同而互负义务。如果是单务合同，则不存在同时履行的可能。

（2）该合同没有约定先后履行顺序，且均已界清偿期。具体包括：①合同直接约定同时履行的；②合同未约定双方履行顺序的，推定为同时履行。也就是说依据同一合同，双方将可请求双方为对待给付。

（3）对方未履行债务或未按约履行债务，或者履行不适当。具体指：①他方不履行的，债务人可提出完全的抗辩权；②他方不完全履行的，债务人可提出“相应的抗辩权”。若对方已经全面、正确地履行，自无从抗辩。

（4）对方的对待履行是可能履行的。如果对方的对待给付是不可能履行的，则不发生同时履行抗辩权的问题，此时应予终止合同，追究合同责任。如果一方已经履行，但另一方因过错而不能履行其所负的债务（如标的物已遭到毁损灭失等），则只能适用债务不能履行的规定请求补救，而不发生同时履行抗辩权的问题。如果因不可抗力发生履行不能，则双方当事人将被免责。

3）同时履行抗辩权的行使与法律效果

同时履行抗辩权一经行使，发生阻却他方请求权的效力，即在他方未履行前可拒绝自己给付。但这也只是暂时性地阻止对方当事人请求权的行使，而不是永久性地终止合同，即延期对方要求履行合同义务的请求权效力。当对方当事人完全履行了合同义务，同时履行抗辩权即告消灭，主张抗辩权的当事人就应当履行自己的义务。

同时履行抗辩权从程序法上的效果看，主要是同时履行抗辩权应由当事人自己行使，法院或仲裁机构不得依职权主动适用。

3. 先履行抗辩权

1）先履行抗辩权概念

先履行抗辩权，当事人互负债务，有先后履行顺序的，先履行一方未履行或履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求，也称为后履行抗辩权。

我国《合同法》在第67条中，把先履行抗辩权规定为双务合同中应当后履行一方当事人的一项合法权利。

2）先履行抗辩权的成立条件

（1）双方当事人基于同一双务合同而互负债务。

（2）两个债务依法、依约定、依交易习惯存在先后履行顺序。

（3）双方债务均届期满。

（4）先履行一方到期未履行或未适当履行债务。履行债务不符合债的本旨，在这里是指迟延履行、不完全履行（包括加害给付）、部分履行和不能履行等形态。

（5）对方的对待履行是可能履行的。

3）先履行抗辩权的效力

先履行抗辩权属于延期的抗辩权，作用是暂时阻止先履行一方请求权的行使。当事人行使先履行抗辩权致使合同迟延履行的，当事人不承担迟延责任。在先履行一方采取了补救措施、变违约为适当履行的情况下，先履行抗辩权消灭，后履行一方须履行其债务。先履行抗辩权的行使不影响后履行一方主张违约责任。

【例题5-15】 张三、李四订有一买卖合同，约定张三于10月1日前交货，李四在收到货后的1个月内付款。张三于9月1日请求李四付款，李四拒绝。

请问：李四的拒绝意思是否为行使先履行抗辩权？为什么？

4. 不安抗辩权

1）不安抗辩权的概念

不安抗辩权，是指双务合同一方当事人依约应先履行其债务，但在履行前，后履行一方难以对待履行时，先履行一方可以暂时中止合同履行的权利。

不安抗辩权也称为中止履行权或拒绝权，是大陆法系一项特殊的制度，与之类似的法

律制度在英美法系上一般称为“保证履行抗辩权”。我国《合同法》第68条、69条关于先履行合同义务一方有“中止履行”或“解除合同”的权利的规定，即属于不安抗辩权的规定。

2）不安抗辩权成立的条件

第一，双方当事人因同一双务合同而互负债务。不安抗辩权为双务合同的效力表现，其成立须双方当事人因同一双务合同而互负债务，并且该两项债务基于对价关系。

第二，抗辩方负有先为给付的义务，且已届履行期限。

第三，是后履行义务人在合同订立后，其履行能力明显降低，有不能为对待给付的现实危险。

这种危险主要表现为：

（1）经营状况严重恶化。

（2）转移财产、抽逃资金，以逃避债务的。

（3）丧失商业信誉的。

（4）有其他丧失或者可能丧失履行债务能力情形。

这是一个概括性条款，凡效果上与前述列举情形类似者，均发生不安抗辩权。履行能力明显降低，有不能对待给付的现实危险，须发生在合同成立以后；如果在订立合同时即已经存在，先给付义务人若明知此情却依然缔约，法律则无必要对其特别保护。

第四，后履行人未提供履行合同的担保。后给付义务人的履行能力明显降低，有不能为对待给付的现实危险，但若提供适当担保时，先给付义务人的债权不会受到损害，故不得行使不安抗辩权；只有在未提供适当担保，危及先给付义务人的债权成立时，才成立不安抗辩权。

3）不安抗辩权的行使及其效力

行使不安抗辩权时，当事人应承担如下两项附随义务。

其一，通知义务。

其二，举证义务。

《合同法》第69条规定：“当事人依照本法第68条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。”

不安抗辩权的法律效果：

第一，先履行一方有中止履行的权利。按《合同法》第68条规定，先给付义务人有确切证明后给付义务人的履行能力明显降低，有不能对待给付的现实危险的，有权中止履行。

第二，先履行一方有等待后履行一方恢复履行能力或请求其提供适当担保的权利。

第三，先履行一方有合同解除权。按《合同法》第69条的规定，先给付义务人中止履行后，后给付义务人在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，先给付义务人可以解除合同，该解除的方式，由先给付义务人通知后给付义务人，通知到达时发生合同解除的效力；但后给付义务人有异议时，可以请求人民法院或者仲裁机构确认合同解除的效力。

【例题5-16单选题】 甲向乙购买10吨货物，约定甲于4月1日先交货，半个月后乙付清货款。3

月31日甲发现乙经营状况严重恶化，并且有确切证据，于是甲4月1日拒绝交货。根据合同法律制度的规定，下列表述中，正确的是(　　)。

A. 甲有权拒绝交货，行使的是先履行抗辩权

B. 甲有权拒绝交货，行使的是不安履行抗辩权

C. 甲有权拒绝交货，行使的是同时履行抗辩权

D. 甲发现乙经营状况严重恶化不能行使抗辩权，应当先要求乙提供担保，乙无法提供担保时才能行使抗辩权

【答案】 B

5.4.4 合同的保全

合同的保全是指法律为了防止因债务人财产不当减少给债权人债权实现带来的危害，允许债权人对债务人或者第三人的行为行使代位权或者撤销权，以保护其债权的法律措施。

1. 债权人的代位权

1）代位权的概念

债权人的代位权是指债务人怠于行使到期债权，因此危及债权人债权的实现时，债权人请求人民法院以自己的名义代位行使债务人债权的权利。

2）代位权的成立要件

代位权的行使须满足以下条件：

(1) 债务人须享有对第三人的权利。这是债权人行使代位权的前提，并且此项权利必须是非专属于债务人本身的权利，如基于扶养、抚养、赡养或继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等专属于债务人本身的权利，均不得由债权人代位行使。

(2) 债务人怠于行使其权利。怠于行使是指债务人应当行使且能够行使而不行使。应当行使是指若不及时行使，债务人的权利就有可能消灭或减损。能够行使表示债务人客观上有能力行使，不存在任何行使权利的障碍。不行使是指债务人的消极不作为。

(3) 债权人对债务人的合法债务已到清偿期。因为在债务人延迟履行之前，债权人尚不能请求债务人清偿，不论债务人是否怠于行使其权利，均不能产生代位权。

(4) 对债权人的债权造成损害。判定是否造成损害要以债务人怠于行使其权利的行为是否致使债权人的债权未能实现为标准。若是，则构成损害；否则，就无保全的必要。

【例题5-17】 乙欠甲债务10 000元到期未还，乙无其他财产，但丙欠乙人寿保险金10 000，乙到期未主张。

请问：甲能否对丙行使代位权？

3）代位权之诉的主体及管辖

在代位权诉讼中，原告是债权人，被告是债务人的债务人，即次债务人。债权人应以自己的名义，通过诉讼的方式行使债权人的代位权。代位权诉讼，由次债务人住所地法院管辖。代位权的行使范围以债权人的债权为限。

4）代位权行使的法律效力

(1) 债权人胜诉的，债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担，从实现债权中优先支付。

(2) 次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

(3) 代位权成立的，次债务人向债权人直接履行，而不能向债务人履行。据此，债权人和债务人的债消灭，同时债务人与次债务人的债也相应消灭。

【例题5-18 多选题】 甲对乙享有50 000元债权，已到清偿期限，但一直宣称无能力清偿欠款。甲经调查发现，乙对丁享有3个月后到期的7 000元债权，戊因赌博欠乙8 000元；另外，乙在半年前发生交通事故，因事故中的人身伤害对丙享有10 000元的债权，因事故中的财产损失享有对丙的5 000元债权。乙无其他可供执行的财产，乙对其享有的债权都怠于行使。根据《合同法》的规定，下列各项中，甲不可以代位行使的债权有(　　)。

A. 乙对丁7 000元的债权

B. 乙对戊8 000元的债权

C. 乙对丙10 000元的债权　　　　D. 乙对丙5 000元的债权

【答案】 ABC

2. 债权人的撤销权

1) 撤销权的概念

债权人的撤销权，是指当债务人放弃对第三人的债权、无偿转让财产或者以明显不合理的低价处分财产而有害于债权人的债权时，债权人可以依法请求人民法院撤销债务人所实施的行为的权利。

代位权和撤销权都属于债的保全的内容，但二者又有区别。前者针对的是债务人不行使债权的消极行为，行使代位权旨在保持债务人的财产。而后者针对的是债务人不当处分财产的积极行为，目的在于恢复债务人的财产。

2) 撤销权的构成要件

从客观方面看，必须是债务人实施了一定的有害于债权人债权的行为。

(1) 债权人对债务人存在着有效的债权。

(2) 债务人实施了一定的处分财产的行为。根据《合同法》第74条，债务人处分行为包括三种：①放弃到期债权；②无偿转让财产；③以明显不合理的低价转让财产。

(3) 债务人的处分行为有害于债权人债权的实现。从主观方面看，如果是债务人无偿处分其财产，则不必有主观要件的存在，债权人就可以主张撤销；对于债务人以明显不合理低价转让财产的行为，则必须以债务人和第三人实施交易行为时有损害债权人的债权的主观恶意为要件，只有一方是恶意的，则不成立债权人的撤销权。

3) 撤销权之诉的主体及管辖

在撤销权之诉中，原告是债权人，被告是债务人，受益人或受让人是诉讼上的第三人。撤销权诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

4) 撤销权行使的法律效力

债务人的行为一旦被撤销，该行为自始无效。受益人应当返还从债务人处获得的财产。债权人行使撤销权所支出的律师代理费、差旅费等必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应当适当分担。

5) 法定期间

债权人应当自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使权利。自债务人的行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

【例题5-19多选题】 张三欠李四10 000元，李四要求张三必须在15日内还钱，否则起诉。张三立即把家中仅有的值钱的东西(一台八成新的冰柜和一台笔记本电脑)以1 000元的低价卖给知情的王五，被李四发现。下列说法正确的有(　　)。

A. 李四可书面通知张三和王五，撤销该买卖合同

B. 如李四发现之日为2014年6月1日，则自2015年6月2日起，李四不再享有撤销权

C. 如李四向法院起诉，应以张三为被告，法院可追加王五为第三人

D. 如李四的撤销权成立，则李四为此支付的律师代理费、差旅费应由张三、王五负担

【答案】 BCD

5.5 合同的变更、转让和终止

合同依法成立后，如果客观情况发生了变化，原合同已不能履行或不应履行，则当事人可以依法定程序变更或者转让合同。如果当事人履行了合同或出现了法定或约定的条件，则合同终止。

5.5.1 合同的变更

1. 合同变更的概念

广义的合同变更是指合同法律关系的主体、客体和内容的改变。狭义的合同变更是合同法律关系的客体和内容的改变，也就是指对合同各项条款的修改、补充、限制等。《合同法》规定所指的合同的变更是指狭义的合同变更，即合同内容的部分变化。

2. 合同变更的条件

《合同法》第77条规定："当事人协商一致，可以变更合同。法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记手续的，依照其规定。"第78条同时又规定："当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。"

(1) 原已存在着合同关系，且尚未履行或者正在履行过程中。具体包含以下几层意思：

① 合同变更是对已有合同内容的变更，如果没有合同关系的存在，则不发生合同变更的问题。

② 存在的合同必须是有效成立的合同。无效合同和已被撤销的合同不存在变更的问题。

③ 如果合同已经履行完毕，自然无须变更。

(2) 合同变更通常为协议变更，特殊时为法定变更。

① 变更原合同的合意也是合同，它可以是书面形式，也可以是口头形式，也可以是行为，但必须是当事人自愿和真实的意思表示。

②法定变更，又称为单方变更权，是指一方依法享有的单方通知对方变更合同的权利。如在重大误解、显失公平、欺诈、胁迫和乘人之危等情形下签订的合同，当事人享有变更权，且不需协商一致。

(3) 合同变更只是对合同内容部分修改和补充，若对合同的标的变更使其失去同一性，则属于合同更新。

(4) 合同法定变更时必须遵循法定的程序和方式。如《合同法》第54条的规定，因重大误解和显失公平的合同的变更必须经过法院的裁决。

3. 合同变更的效力

(1) 合同变更部分只向将来发生效力，不具有溯及力，未变更的部分继续有效。

(2) 合同变更与违约责任。如果合同的变更给一方当事人造成损失，可要求相对方承担损害赔偿的违约责任。

(3) 主合同变更对保证的影响。合同的担保作为主合同债权的从权利，具有从属性，其效力受到主合同债权的影响。

5.5.2 合同的转让

符合一定的条件，合同当事人可以将合同的部分或全部权利、义务转让给他人。合同转让会导致一方当事人权利或义务的变化，但合同本身的权利、义务不变。

1. 合同转让的含义及条件

合同转让是指在不改变合同内容的前提下，将合同规定的权利、义务或权利、义务概括转让给第三方，由受让人承担合同的权利、义务。习惯上将合同转让称为合同主体的变更。根据合同转让对象的不同，可以分为合同权利的转让、合同义务的转让和合同权利义务的转让。

合同转让必须符合以下条件：

(1) 必须有合法有效的合同关系存在。

(2) 转让人与受让人之间要达成协议。

(3) 有符合法律规定的程序。

2. 合同权利的转让

1) 合同权利转让的概念

合同权利的转让是指债权人将合同权利转让给第三人。合同权利全部转让的，受让人取代原债权人的地位，成为新的债权人；合同权利义务部分转让的，受让人作为第三人加入原合同关系中，与原债权人同享债权。

2) 合同权利转让的要件

构成合同有效转让的要件主要有以下几个方面：

(1) 须有有效债权的存在。

(2) 债权让与人与受让人须就债权的让与达成合意。

(3) 让与债权须有可让与性。

我国《合同法》第79条规定了下列合同权利不得转让：

第一，根据合同的性质不得转让的权利。通常有三种情况：

① 根据个人信任关系而必须由特定人受领的债权。

② 以特定的债权人为基础而发生的合同权利。

③ 属于从权利的合同权利。

第二，按照当事人约定不得转让的权利，只要这种约定不违背公序良俗和法律的强制性规定。但是，这种特别约定不能对抗善意的第三人。



第三，依照法律规定不得转让的合同权利。例如，以特定身份为基础的债权，如家庭成员之间的扶养权；公法上的债权，如抚恤金、退休金等；因人身受损害而产生的损害赔偿权等。

(4) 债权转让须通知债务人。各国立法对此规定不一，我国合同法采取的是通知主义。《合同法》规定债权人转让权利的，应当通知债务人；未经通知的，该转让对债务人不发生效力。

3) 合同权利转让的效力

合同权利转让的法律效力包括对内效力和对外效力。

(1) 对内效力。合同权利转让的对内效力，是指合同权利让与在转让双方即转让人(原债权人)和受让人(第三人)之间发生的法律效力。此种效力具体表现在：

第一，合同权利由让与人转让给受让人。

第二，受让人取得与债权有关的从权利，如抵押权、定金债权、利息债权、违约金债权及损害赔偿请求权等。但受让人不能取得专属于债权人自身的从权利，如转让发明专利权时，其专利署名权不得转让。

第三，转让人对转让的合同权利，负瑕疵担保责任。

第四，转让人在某项权利转让给他人以后，不得就该项权利再做出转让。

(2) 对外效力。所谓对外效力，是指合同权利转让对债务人所具有的法律效力。

第一，债务人不得再向转让人即原债权人履行债务。

第二，债务人应负有向受让人即新债权人做出履行的义务，同时免除其对原债权人所负的责任。

第三，债务人对抗转让人的抗辩权，均可以向受让人主张。

第四，债务人可以向受让人主张依法对转让人的法定抵销权。

3. 合同义务的转让

1) 合同义务转让的概念

合同义务转让又称债务承担，是指依据债权人、债务人与第三人之间达成的协议将合同义务转移给第三人承担。

债务承担包括两种情形：

(1) 第三人替代债务人承受债务人的地位，称为免责的债务承担。

(2) 第三人加入合同的关系与原债务人共同负担同一内容的债务，称为并存的债务承担。

2) 合同义务转让的构成要件

(1) 须有有效的合同义务存在。

(2) 转让的合同义务须具有可让与性。

(3) 须存在以合同义务移转为内容的协议。

(4) 须经债权人同意。

3) 合同义务转让的法律效力

(1) 免责债务承担的，承担人成为合同当事人，直接向债权人承担义务。并存债务承担的，承担人与债务人共同承担债务，且对债权人负共同连带责任。

(2) 原债务人得对抗债权人的一切抗辩事由，承担人也可对债权人行使。



（3）从属于主债务的从债务，也一并移转于承担人。

4. 合同权利义务的概括转让

合同权利义务的概括转让也称合同承受，是指合同当事人一方将合同权利和义务一并转移给第三人，由第三人概括地承受这些权利和义务。

1）约定的概括转让

约定的概括转让又称为合同承担或合同移转，是指合同一方当事人与第三人订立合同，并经原合同的另一方当事人同意，由第三人承担合同一方当事人在合同中的全部权利和义务。概括转让也必须经另一方当事人同意后方可生效。合同权利义务概括转让后，原合同关系消灭，新的合同关系发生。

2）法定的概括转让

法定的概括转让是指合同订立后，作为合同当事人的法人或者其他组织发生合并或者分立而引起的合同权利义务由原合同当事人转移为合并后或者分立后的法人或者其他组织承担。

（1）合并后的法人或者组织完全继受前当事人的合同权利和义务。

（2）分立后的各当事人具有连带债权、债务人的地位。

【例题5-20多选题】 下列合同转让不合法的是（ ）。

A. 甲演员曾经答应为某企业演出，但因当天临时有事，就让自己的助手代为演出

B. 债权人乙某因急需用钱便将债务人丙某欠自己的5万元债权以4万元的价格转让给了丁某，乙某将此事书面通知了丙某

C. 张三对李四的汽车享有抵押权，为替好友从银行借款提供担保，将该抵押权转让给了银行

【答案】 AC

5.5.3 合同的终止

合同的终止，又称合同权利义务终止或合同的消灭，是指合同债权债务关系于客观上不复存在。

1. 清偿

清偿是按合同的约定实现合同目的的行为。清偿必须按照合同中约定的时间、地点和方式进行，并以全部清偿为原则，不符合债务内容的清偿以及部分清偿，应视为给付有瑕疵，债权人有权拒绝受领。清偿债务的费用，除法律有特别规定或当事人另有约定外，由债务人负担。

2. 合同解除

1）合同解除的概念

合同解除，是指在合同成立有效后，当具备解除条件时，因当事人一方或双方的意思表示，使合同自始或仅向将来消灭的行为。有时，它是指履行合同实在困难，若履行即显失公平，法院直接适用情事变更原则裁决合同消灭。

2）合同解除的类型

（1）合意解除。合同成立以后，在未履行或未完全履行之前，当事人双方通过协商解除合同。或者在合同依法成立以后，尚未完全履行之前，当事人基于约定解除合同的条件成就时，一方行使约定解除权而解除合同。

（2）法定解除。法定解除是指依照法律规定而解除合同。《合同法》第94条规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

第一，不可抗力致使合同目的不能实现。

① 一方发生不可抗力，发生方与对方均有法定解除权。

② 解除权的发生以“不可抗力致使合同目的不能实现”为要件。

“致使合同目的不能实现”是指由于一方不履行主要债务，剥夺了另一方或双方根据合同有权期待得到的东西，即丧失合同利益或丧失履行利益。

③ 因不可抗力而解除合同的，发生方可免除损害赔偿责任。

④ 前项免责之生效，发生方须具备三个条件：

a. 及时通知对方不可抗力发生的事实；

b. 负证明责任；

c. 不可抗力不是发生在发生方迟延履行后。

第二，预期违约。

① 预期违约是指履行期届满前，一方明确表示或以自己行为表明不履行主要债务，即明示毁约和默示毁约两种。

② 此情形下仅非违约方享有法定解除权。

③ 非违约方解除合同后，还可要求对方负损害赔偿责任。

第三，迟延履行。

两种情况，非违约方有无法定解除权，应区别对待。

① 一方迟延履行主要债务，经催告后于合理期限内仍未履行的，另一方得解除合同。

② 一方迟延履行致使合同目的不能实现的，非违约方不经催告，可径直解除合同。

第四，其他根本违约行为。

根本违约行为包括：不履行；迟延履行；瑕疵履行；部分履行；其他。一方发生根本违约的，法定解除权在非违约方。

第五，法定的其他情形。

其一是指特定一方有任意解除权的。

以下几种情形，不需对方有违约行为的，当事人亦有解除权：

①《合同法》第195条：赠予人。

第195条　赠予人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠予义务。

②《合同法》第232条：不定期租赁合同的双方。

第232条　当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。

③《合同法》第268条：承揽合同之定作人。

第268条　定作人可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

④《合同法》第410条：委托合同的双方。

第410条　委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

⑤《担保法》第27条：无保证期间的最高额保证人。

第27条 保证人依照本法第14条规定就连续发生的债权作保证，未约定保证期间的，保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同，但保证人对于通知到债权人前所发生的债权，承担保证责任。

其二是一方违约，另一方有特别解除权的。

①《合同法》第69条：不安抗辩权人；

②《合同法》第167条：分期付款买受人未付款达总额1/5以上时，出卖人有解除权；

③《合同法》第203条：借款人违反贷款用途时，贷款人有解除权；

④《合同法》第224条二款：承租人擅自转租时，出租人有解除权；

⑤《合同法》第233条：租赁物危及安全、健康时，承租人有解除权；

⑥《合同法》第253条第二款：承揽人擅自转包时，定作人有解除权。

3）合同解除的程序

当事人一方行使解除权，或依照《合同法》第94条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。当事人解除合同，法律、行政法规规定应当办理批准、登记手续的，应依照其规定办理。

4）合同解除的效力

《合同法》第97条规定：合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。是否具有溯及力未作“一刀切”的规定，即对于已经履行的部分，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状，但如果履行情况不影响当事人的利益，或合同性质决定其无法恢复原状，则不适用溯及既往的原则。

3. 债务抵销

债务抵销，又称“充抵”，是指二人互负债务且给付种类相同时，将两项债务相互充抵，使各自债务在对等额内消灭。抵销中，主张抵销的债务人的债权，称为主动债权；被抵销的债，称为被动债权。

我国《合同法》第99条和第100条规定了抵销制度。

第99条第1款规定：“当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销。”此为法定抵销制度。

第100条规定：“当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。”此为合意抵销制度。

抵销权为形成权的一种，抵销权的行使应以通知的方式做出。不须对方当事人的同意，也不以诉讼上的裁判为必要。抵销的通知附有条件或期限者，该抵销的意思表示无效。

4. 提存

1）提存的概念

提存是指在一定条件下，债务人或其他清偿人将有关货币、物品以及有价证券等提交

给一定的机关保存，从而消灭债权债务关系的一种法律制度。提存制度是对债务人特设的救济制度。

我国司法部于1995年6月19日颁发了《提存公证规则》，是第一个全国性的有关提存制度的行政法规。1999年3月15日通过的《合同法》明确规定了提存制度。

2）提存的主体与客体

（1）主体。

① 提存人。一般情况——为债务人，特殊情况——得为清偿的第三人也可为提存人。

② 提存受领人。一般为债权人。

③ 提存机关。我国规定：提存由债务履行地的公证机关管辖。

（2）提存的客体。即提存的标的物，原则上依合同内容规定的应当给付的标的物。

各国法律对提存客体的规定并非一致。我国《提存公证规则》规定的提存的标的物有：货币、有价证券、票据、提单、权利证书、贵重物品、不动产及其他适宜提存的标的物。

提存的标的物应为能保管的有体物。

不便保管、储存的物，如危险品、鲜活商品，或保管需花极大代价的物应依法拍卖后，将所得价款提存。（按司法部颁布的《提存公证规则》规定，6个月保管费用超过物品价值5%的，视为提存费用过高）

3）提存的条件

第一，债权人无正当理由拒绝受领。

第二，债权人下落不明。

如果债权人因下落不明，被法院宣告失踪且指定了财产代管人的，债务人应向该代管人履行债务，不适用提存。

第三，债权人死亡未确定继承人或者丧失行为能力未确定监护人。

第四，法律规定的其他情形。

其范围应以有关法律明文规定者为限。

例如，《担保法》对以担保为目的的提存做了如下规定：

（1）抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存（第49条第3款）。

（2）质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的，出质人可以要求质权人将质物提存，或者要求提前清偿债权而返还质物（第69条第2款）。

4）提存物孳息归属及风险承担

提存期间，标的物的孳息归债权人所有。标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。如果因提存机关的过错而使提存物毁损灭失的，应当由提存机关承担一切后果。

5）提存的公告及通知

标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。提存受领人不清或下落不明、地址不详无法送达通知的，公证处应以公告方式通知。

6）提存期限

债权人领取提存物的权利，应自提存之日起5年内行使。

提存之日的确定：提存货币的，以现金、支票交付公证处的日期或提存款划入公证处提存账户的日期为提存日期。提存的物品需要验收的，以公证处验收合格的日期为提存日期。提存的有价证券、提单、权利证书或无须验收的物品，以实际交付公证处的日期为提存日期。

《合同法》规定，债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物，债权人领取提存物的权利，自提存之日起5年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。此处的“5年”时效为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或延长的规定。

7）提存费用

《合同法》规定，提存费用由债权人负担。提存机关对于提存物按照法律的规定履行保管责任。提存费用包括：提存公证费、提存公告费、邮电费、保管费、评估鉴定费、代管费、拍卖变卖费、保险费，以及其他必要的费用。

【例题5-21多选题】 债务人甲因债权人乙下落不明，遂将作为合同标的物的名贵西服一套交当地公证机关提存。根据合同法律制度的规定，下列关于提存期间当事人权利义务的表述中，正确的有（ ）。

A. 西服提存后，甲负有通知义务

B. 保管西服产生的保管费由乙负担

C. 如果西服因为地震灭失，损失由乙承担

D. 如果自提存之日起5年后，乙仍没有领取西服，甲可以在交付保管费后取回西服

【答案】 BC

5. 免除

1）免除的概念

免除是债权人以合同消灭为目的而抛弃债权的意思表示。

2）免除的法律特征

既然免除为单方行为，它应有以下特征：

（1）免除为无因行为。

（2）免除为无偿行为。

（3）免除为非要式行为。

（4）免除人须是有行为能力人及有权处分债权的人。

6. 混同

1）混同的概念

混同是指债权与债务归于同一人，而使合同关系消灭的事实。

2）混同的原因

（1）概括承受——混同的主要原因，是指合同关系的一方当事人概括承受他人权利义务。例如，企业合并，合并前的两个企业之间有债权债务时，企业合并后，债权债务因同归一个企业而消灭。

（2）特定承受——是指债务人受让债权人的债权，债权人承受债务人的债务，此时也因混同而使合同的权利义务终止。

3）混同的效力

混同产生债权债务关系及其从债消灭的效力。但是，若债权已作为他人权利的标的时，为保护第三人的利益，纵使发生混同的事实，债的关系也不消灭。例如，债权为权利质权的标的时，便是如此。我国《合同法》第106条也规定了这一例外。

5.6 违约责任

5.6.1 违约责任的概念与特征

1. 违约责任的概念

违约责任，是指合同当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定时，依合同约定或法律规定必须承担的民事责任。在英美法中违约责任通常被称为违约的补救，在大陆法中则被包括在债务不履行的责任之中。

2. 违约责任的特征

违约责任具有以下特点：

第一，违约责任是合同当事人违反合同义务所产生的责任。违约责任的承担以有效合同关系的存在为前提。同时，违约责任是违反合同义务导致的法律后果，没有违反合同义务的行为，就没有违约责任。

第二，违约责任具有相对性。违约责任只能发生在特定的当事人之间，即合同关系的债权人和债务人之间。

第三，违约责任具有补偿性。违约责任主要是一种财产责任，是为了弥补或补偿因违约行为给对方造成的财产损失。

第四，违约责任的可约定性。当事人可以在法律规定的范围内对违约责任做出事先的安排，但是如果当事人的约定不符合法律要求，就会被宣告无效，从而适用法定的违约责任。

5.6.2 违约责任的归责原则及承担违约责任的一般条件

违约责任的归责原则，是指确定违约当事人承担违约责任的根据和标准。综观各国立法实践，对违约责任归责原则的规定主要有过错责任原则和严格责任原则。所谓严格责任，又称无过错责任，是指违约发生以后，确定违约当事人的责任，应主要考虑违约的结果是否因违约方的行为造成，而不考虑违约方的故意或过失。

我国《合同法》确定严格责任的理由主要有：

（1）严格责任是合同法的发展趋势。

（2）严格责任具有方便裁判和增强合同责任感的优点。

（3）严格责任更符合违约责任的本质。

《合同法》原则上采用无过错责任原则，但也有例外。我国《合同法》规定在某些情况下承担违约责任要以过错为构成要件，适用过错原则。如《合同法》第265条规定："承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭

失的，应当承担损害赔偿责任。”此处的“保管不善”即为保管人的过错。但需注意的是：违约责任的过错通常采用推定的方法加以证明，受害人并不承担举证责任。

违约责任因其具体的责任形式不同，其承担具体责任的条件也不完全相同。一般说来，违约责任的一般构成要件为以下几点。

（1）违约行为。

（2）不存在法定的和约定的免责事由。法定免责事由主要是不可抗力。不可抗力应发生在合同履行期内。约定的免责事由即免责条款，只要这些约定不违反法律、行政法规，不损害国家利益和社会公共利益，则应有效。但合同中的下列免责条款无效：①造成对方人身伤害的免责条款；②因故意或重大过失造成对方财产损失的免责条款。

5.6.3 违约形态

违约形态，是指根据违约的行为违反义务的性质、特点而对违约行为所做的分类。我国借鉴了国外的经验，将违约行为分为两种基本类型，即预期违约和实际违约，其中实际违约又分为拒绝履行、迟延履行、不适当履行、部分履行等。

1. 预期违约

亦称为先期违约，是指一方当事人在合同成立后、履行前，明确表示或者以自己行为表明不履行合同义务。它包括明示毁约和默示毁约两种。

预期违约与实际违约行为有以下区别：

首先，违约的时间不同。

其次，实际违约当事人可能仍愿意保持合同效力；预期违约则表现为对整个合同毁弃。

最后，实际违约已经是一种现实；预期违约可以视为一种违约的现实危险。

对于预期违约的救济措施：①依法解除合同；②承担违约责任；③行使不安抗辩权。

2. 不适当履行

不适当履行又称为积极侵害债权，是指合同当事人虽然履行了合同义务，但其履行不符合合同规定的条件，即其履行有瑕疵或给债权人造成损害的情形。如债务人虽为履行，但其履行有瑕疵，致使债权人受到损害的行为。

（1）瑕疵给付。这主要是指债务人履行的标的物仅在品种、技术等方面不符合合同的约定，尚未由于质量瑕疵造成他人人身或财产的损失。

（2）加害给付。是指因给付有缺陷而对债权人予以积极的侵害，造成债权人人身或财产损失，故形成责任竞合。

3. 部分履行

部分履行又称为不完全履行，是指当事人只履行合同约定的部分债务，而其余部分则不予履行。

4. 履行不能

履行不能是指由于某种情况，合同债务人在事实上已经不可能实际履行合同义务。

5. 迟延履行

迟延履行是指合同义务人在合同履行期限届满而未履行合同义务，包括债务人迟延履行和债权人迟延受领。

5.6.4 违约责任的责任形式

1. 实际履行

实际履行也称特定履行或继续履行，是指在违约方不履行合同时，相对方请求违约方继续履行合同债务的责任方式。实际履行在性质上仍是对合同义务的履行。但较原合同义务多了国家的强制力以及道德上的否定和非难，故它是一种违约责任形式。

实际履行具有如下特征：

第一，实际履行是一种补救方法。它更强调实现订约目的，而不仅仅强调弥补受害人所遭受的损失。

第二，是否请求实际履行是债权人享有的一项权利。

第三，实际履行可以与违约金、损害赔偿和定金责任并用。

金钱债务可以请求强制履行，但对金钱债务，即使发生不可抗力亦不能免责。非金钱债务实际履行一般是没有条件的，但对实际履行请求权依法进行了限制。

(1) 法律上或事实上不能履行。法律上不能，如在债务人破产时，不适用实际履行责任。否则就等于赋予债权人优先权，这与破产法的有关规定是矛盾的。事实上的不能，是指标的已客观不能履行和永久不能履行。如买卖合同标的物为特定物，且被毁灭的。

(2) 债务的标的不适宜强制执行或者履行费用过高。债务的标的不适宜强制执行，是指依据债务标的的性质，不适宜强制执行的合同。这类合同主要是基于人身信任关系的合同及提供劳务的合同。实际履行费用过高，则不符合合同法的效益原则。

(3) 债权人在合理期限内没有请求实际履行。

2. 损害赔偿

1) 损害赔偿的概念

损害赔偿又称违约损害赔偿或称损害赔偿金。它是指违约方因不履行合同或者不完全履行合同而给对方造成的损失，依法应当承担赔偿责任。违约损害赔偿的特点如下：

(1) 是因债务人违约使债权人遭受损害而产生的责任。

(2) 原则上仅具有补偿性。

(3) 具有一定的任意性。

(4) 赔偿以当事人实际遭受的全部损失为原则。

2) 损害赔偿金的范围

(1) 约定损害赔偿。指当事人在订立合同时预先约定，一方违约时向对方支付一定的金钱或约定损害赔偿额的计算方法。

(2) 法定损害赔偿。指依法律的规定而确定的损害赔偿。

第一，补偿性法定损害赔偿金。如《合同法》第113条第1款规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合

同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

第三，惩罚性法定损害赔偿金。经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任，它带有惩罚性。

3）损害赔偿原则

（1）完全赔偿原则。指因违约方的违约使受害人遭受的全部损失都应由违约方负赔偿责任。损失赔偿额应包括违约行为给对方造成的损失和合同履行后所获得利益的损失。一般可以理解为直接损失（实际损失）和间接损失（可得利益损失）。实际损失一般包括财产的毁损、减少、灭失和为减少或者消除损失所支付的费用。可得利益是指合同如能履行则可以获得的利益。

（2）可预见规则。可预见规则，是指可得利益损失不得超出违约者缔约时预见到或应当预见到的违约可能所致的损失。

（3）受害方减轻损失的义务原则。即在对方违约时，非违约方应及时采取合理措施减少损失。如果受害方违反这一义务，对扩大的损失部分，违约方不负赔偿责任。

（4）过错相抵原则。过错相抵原则，是指受害人对损害的发生或扩大也有过错时，可以减轻或免除赔偿责任。《合同法》规定，当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任。

3. 支付违约金

违约金是合同当事人约定的，一方违约时，应根据违约情况向对方当事人支付的一定数额的金钱。

对违约金条款适用原则上是不干预的，但立法在双方利益失衡时，可对当事人意思自治稍作干预。《合同法》第111条第2款规定：“约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”

关于迟延履行时的违约金问题，我国《合同法》对迟延履行的违约金的规定，将其规定为惩罚性的违约金，即不能替代原债务的违约金。不能替代原债务履行的违约金，指合同债权人同时要求债务人支付违约金并继续履行原债务。不能替代原债务的违约金，主要是为担保迟延履行而设定的违约金，可简称为“迟延履行违约金”。

其他违约金，则为可替代原债务履行的违约金，即债务人支付违约金后，债权人无权要求其继续履行，但在违约金不足弥补损害时，可以另行要求赔偿。

4. 定金

定金是指在签订合同时，当事人一方为了证明合同关系的成立，表示恪守合同，保证合同的履行，按照合同价款或者酬金总额的一定比例，先付给对方一定数额的货币。

《合同法》第115条规定：“当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。”

我国《担保法》第91条规定：“定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的20%。”

定金与违约金的并罚问题。如果在同一合同关系中，当事人既约定了违约金又约定了定金时，《合同法》第116条明确规定："当一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。"也就是说，违约金和定金不能同时适用。

5.6.5 免责事由

免责事由，又称免责条件，是指法律规定或者合同中约定的当事人对其不履行或者不适当履行合同义务免于承担违约责任的条件。通常包括不可抗力、受害人过错和免责条款。

1. 不可抗力

不可抗力，是指不能预见、不能避免并且不能克服的客观情况。不可抗力只有影响到合同的正常履行，且当事人及时通知对方时方可免责。但当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

不可抗力的范围包括：①自然灾害；②政府行为；③社会异常事件。

2. 受害人过错

受害人过错，是指受害人对违约行为或者违约损害后果的发生或者扩大存在过错。如在约定检验期间的买卖合同中，买受人就标的物数量或者质量不符合约定的情形怠于通知出卖人，出卖人不承担违约责任。

3. 免责条款

免责条款，是指合同当事人约定的排除或者限制其将来可能发生的违约责任的条款。

本章小结

本章以《中华人民共和国合同法》为依据，介绍了我国现行民事合同法律制度的相关规定。主要介绍了合同法的基本原理、基本制度、合同的订立和效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同权利义务的终止、违约责任等内容，基本向读者描述了我国现行合同法律基本制度。

重要概念

合同(Contract)、要约(Offer)、要约邀请(Invitation for Offer)、承诺(Promise)、格式合同(Form Contract)、缔约过失责任(Liability for Tort)、附条件的合同(Tying Contract)、附期限的合同(Conditional Time Period Contract)、无效合同(Invalid Contract)、可撤销的合同(Contract Avoidable)、效力待定的合同(Effect Pending Contracts)、无权代理(Unauthorized Agency)、表见代理(Agency by Estoppel)、代位权(Subrogated Right)、撤销权(Right of Rescission)、提存(Drawing)、抵销(Set Off)、违约金(Penalty)、定金(Deposit)

案例分析

案情：2014年6月，甲公司将一台价值900万元的机床委托乙仓库保管，双方签订的保管合同约

定：保管期限从6月21日至10月20日，保管费用2万元，由甲公司在保管到期提取机床时一次付清。

8月，甲公司急需向丙公司购进一批原材料，但因资金紧张暂时无法付款。经丙公司同意，甲公司以机床做抵押，购入丙公司原料。双方约定：至12月8日，如甲公司不能偿付全部原材料款，丙公司有权将机床变卖，以其价款抵偿原材料款。

10月10日，甲公司与丁公司签订了转让机床合同(丙公司已经同意)，双方约定：甲公司将机床作价860万元卖给丁公司，甲公司于10月31日前交货，丁公司在收到货物后10日内付清货款。

10月下旬，甲公司发现丁公司经营状况恶化(有证据证明)，于是通知丁公司中止交货并要求丁公司提供担保，丁公司没有给予任何答复。11月上旬，甲公司发现丁公司经营状况进一步恶化，于是向丁公司提出解除合同。丁公司遂向法院提起诉讼，要求甲公司履行合同并赔偿损失。

问题：(1)如果甲公司到期不支付机床保管费，乙仓库可以行使什么权利？

(2) 甲公司向丁公司转让已抵押的机床，甲、丁之间的转让行为是否有效？为什么？

(3) 甲公司能否中止履行与丁公司订立的转让机床合同？为什么？

(4) 甲公司能否解除与丁公司订立的转让机床合同？为什么？

分析与启示：(1)乙仓库可行使留置权。

(2) 甲、丁之间的转让行为有效。根据规定，抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。在本题中，该转让已经得到抵押权丙公司的同意，因此，甲、丁之间的转让行为有效。

(3) 甲公司可以中止履行合同。根据规定，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方经营状况严重恶化的，可以行使不安抗辩权，中止履行合同。

在本题中，作为应当先履行债务的当事人，甲公司有确切证据证明丁公司经营状况恶化，因此甲公司可以中止履行合同。

(4) 公司可以解除合同。根据规定，当事人在中止履行合同后，如果对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，可以解除合同。在本题中，由于丁公司不能提供担保，并且经营状况进一步恶化，因此甲公司可以解除合同。

课后习题

一、简答题

1. 简述合同的概念和合同的法律特征。
2. 简述合同订立的程序及具体规则。
3. 简述缔约过失责任、类型及构成要件。
4. 简述合同无效的原因。
5. 可变更、可撤销合同的种类有哪些？
6. 合同的履行原则有哪些？
7. 简述合同履行的抗辩权及其适用条件。
8. 简述债权人的代位权和撤销权的适用条件。
9. 简述违约责任及其承担形式。

二、不定项选择题

1. 甲公司向乙公司发出要约，要约明确指出乙公司如欲接受应在2014年8月1日前回复；乙公司于2014年7月20日通过丙快递公司发出承诺，但由于丙快递公司快递员投

递失误，承诺于2014年8月10日方送达甲公司；此时，甲公司已将要约所述货物全部出售给丁公司，无货可供应乙公司，但甲公司未采取任何措施；乙公司久等无货，于2014年9月15日派人催货，甲公司以乙公司的承诺迟到为由予以拒绝，乙公司不服。根据合同法律制度，下列表述中，正确的是(　　)。

A. 合同已经生效，甲公司应向乙公司承担违约责任

B. 合同已经生效，但甲公司无须向乙公司承担违约责任

C. 合同尚未生效，甲公司无须向乙公司承担违约责任

D. 合同尚未生效，但甲公司应赔偿乙公司所受的损失

2. 下列协议中，可以适用《中华人民共和国合同法》的有(　　)。

A. 监护协议　　　　B. 政府采购协议

C. 专利转让协议　　　　D. 股权转让协议

3. 债权人甲认为债务人乙怠于行使其债权给自己造成损害，欲提起代位权诉讼。根据合同法律制度的规定，下列各项债权中，不得提起代位权诉讼的有(　　)。

A. 安置费给付请求权

B. 劳动报酬请求权

C. 人身伤害赔偿请求权

D. 因继承关系产生的给付请求权

4. 甲公司向乙公司发出要约，欲向其出售一批货物。要约发出后，甲公司因进货渠道发生困难而欲撤回要约。根据合同法律制度的规定，甲公司撤回要约的通知应当(　　)。

A. 在要约到达乙公司之前到达乙公司

B. 在乙公司发出承诺之前到达乙公司

C. 与要约同时到达乙公司

D. 在乙公司发出承诺的同时到达乙公司

5. 根据合同法律制度的规定，下列各项中，属于合同成立的情形有(　　)。

A. 甲向乙发出要约，乙作出承诺，该承诺除对履行地点提出异议外，其余内容均与要约一致

B. 甲、乙约定以书面形式订立合同，但在签订书面合同以前甲已履行了主要义务，乙接受了履行

C. 甲、乙约定采用书面形式订立一合同，但在双方签章之前，甲履行了主要义务，乙接受了履行

D. 甲于5月10日向乙发出要约，要约规定承诺期限截至5月20日，乙于5月28日发出承诺信函，该信函5月30日到达甲

6. 根据合同法律制度的规定，下列合同中，属于效力待定的合同有(　　)。

A. 甲、乙恶意串通订立的损害第三人丙利益的合同

B. 某公司法定代表人超越权限与善意第三人丁订立的买卖合同

C. 代理人戊超越权限与第三人己订立的买卖合同

D. 限制民事行为能力人庚与他人订立的1 000万元的买卖合同

7. 甲欠乙5 000元，乙多次催促，甲拖延不还。后乙通知甲必须在半月内还钱，否则

将对甲提起起诉。甲立即将家中仅有的九成新电冰箱和彩电各一台以150元的价格卖给知情的丙，被乙发现。根据合同法律制度的规定，下列表述中，正确的有(　　)。

A. 乙可书面通知甲、丙，撤销该买卖合同

B. 如乙发现之日为2014年5月1日，但一直未行使撤销权，则自2015年5月2日起，乙不享有撤销权

C. 如乙的撤销权成立，则乙为此支付的律师代理费、差旅费应有丙承担

D. 如乙的撤销权成立，则乙为此支付的律师代理费、差旅费应有甲、丙承担

8. 某热电厂从某煤矿购煤200吨，约定交货期限为2014年9月30日，付款期限为2014年10月31日。9月30日，煤矿交付200吨煤，煤电厂经检验发现煤的含硫量远远超过约定标准，根据政府规定不能在该厂区燃烧。基于上述情况，热电厂的下列主张中该，有法律依据的有(　　)。

A. 行使先履行抗辩权　　B. 要求煤矿承担违约责任

C. 行使不安抗辩权　　D. 解除合同

9. 根据合同法律制度的规定，下列关于违约责任的表述中，正确的有(　　)。

A. 当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务

B. 当事人依法请求人民法院增加违约金后，又请求对方赔偿损失的，人民法院不予支持

C. 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以同时适用违约金和定金条款

D. 当事人执行定金条款后不足以弥补所受损害的，仍可以请求赔偿损失

10. 甲公司与乙公司签订了一份手机买卖合同，约定：甲公司供给乙公司某型号手机1 000部，每部单价1 000元，乙公司支付定金20万元，任何一方违约应向对方支付合同总价款30%的违约金。合同签订后，乙公司向甲公司支付了20万元定金，并将该批手机转售给丙公司，每部单价1 100元，指明由甲公司直接交付给丙公司。但甲公司未按约定期间交货。根据合同法律制度的规定，关于甲、乙、丙公司间违约责任的承担，下列表述中，正确的有(　　)。

A. 如乙公司未向丙公司承担违约责任，则丙公司有权请求甲公司向自己承担违约责任

B. 如乙公司未向丙公司承担违约责任，则丙公司无请求甲公司向自己承担违约责任

C. 如甲公司迟延向丙公司交货，则丙公司有权请求乙公司承担迟延交货的违约责任

D. 如甲公司迟延向丙公司交货，则丙公司无权请求乙公司承担迟延交货的违约责任

三、案例分析题

甲公司拟购买一台大型生产设备，于2015年6月1日与乙公司签订一份价值为80万元的生产设备买卖合同。合同约定：

(1) 设备直接由乙公司的特约生产服务商丙机械厂于9月1日前交付给甲公司；

(2) 甲公司于6月10日向乙公司交付定金16万元；

(3) 甲公司于设备交付之日起10内付清货款；

(4) 合同履行过程中，如发生合同纠纷，向北京市仲裁委员会申请仲裁。

合同签订后，丙机械厂同意履行该合同为其约定的交货义务。6月10日，甲公司向乙

公司交付定金16万元。9月1日，丙机械厂未向甲公司交付设备。甲公司催告丙机械厂，限其在9月20日前交付设备，并将履约情况告知乙公司。至9月20日，丙机械厂仍未能交付设备。因生产任务紧急，甲公司于9月30日另行购买了功能相同的替代设备，并于当天通知乙公司解除合同，要求乙公司双倍返还定金32万元，同时赔偿其他损失。乙公司以丙机械厂未能按期交付设备，致使合同不能履行，应由丙机械厂承担违约责任为由，拒绝了甲公司的要求。

要求：根据上述内容，分别回答下列问题：

（1）甲公司是否有权解除合同？并说明理由。

（2）乙公司主张违约责任应由丙机械厂承担是否符合法律规定？并说明理由。

（3）甲公司与乙公司之间的买卖合同解除后，合同中的仲裁协议是否仍然有效？并说明理由。

（4）甲公司与乙公司约定的定金条款是否符合法律规定？并说明理由。

第6章 物 权 法

学习目标

通过本章的学习，要求学生了解物权的概念、特点以及分类；理解物权法的基本原则、物权的取得和保护；了解所有权的权能，所有权的种类；掌握用益物权的几种类型；掌握担保物权制度的几种类型。

课前案例

吴某和李某为夫妻关系，两人共有一套房屋，所有权登记在吴某名下。2015年2月1日，法院判决吴某和李某离婚，并且判决房屋归李某所有，但是双方并未办理房屋所有权变更登记。2015年3月1日，李某将该房屋出卖给张某，双方于当日签订了买卖合同，张某基于对判决书的信赖支付了30万元价款，并入住了该房屋。2015年1月1日，吴某又就该房屋和王某签订了买卖合同，王某在查阅了房屋登记簿确认房屋归吴某所有后，支付了30万元价款，并于2015年5月10日办理了所有权变更登记手续。

根据上述内容，分别回答下列问题：

(1) 李某自何时起取得房屋的所有权？简要说明理由。

(2) 张某是否取得该房屋的所有权？简要说明理由。

(3) 李某与张某之间的房屋买卖合同是否已经生效？简要说明理由。

(4) 2015年5月10日，王某是否取得了该房屋的所有权？简要说明理由。

6.1 物权法概述

物权法是调整平等主体之间因物的归属和利用而发生的法律关系的法律规范的总称。2007年3月16日，第十届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)，并于2007年10月1日正式实施。《物权法》的颁布对于进一步维护国家基本经济制度和社会主义市场经济秩序，增加财产的利用效率，实现定纷止争，发挥了更大的作用。

6.1.1 物与物权

1. 物

1）物的含义

民法上的物是指人们能够支配的物质实体和自然力。物是物权的客体，但物权的客体不局限于物。《物权法》第 2 条规定，在法律有规定的情况下，权利也可以作为物权的客体。

【例题 6－1 单选题】 下列可以成为民法上的物的是（　　）。

A. 捐献的器官　　　　B. 空气

C. 镶在人嘴里的假牙　　　　D. 月球

【答案】 C



2）物的种类

按照不同分类标准，对物可以做如下分类：

（1）动产与不动产。《物权法》第 2 条规定，物包括不动产和动产。动产是指能够移动并且不因移动而损害其价值的物，如桌子、电视机等。不动产是指不能移动或虽可移动但移动会损害其价值的物，如土地、房屋。《民通意见》第 186 条规定，土地、附着于土地上的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。

（2）特定物与种类物。特定物是指具有独立特征或被权利人指定而不能以其他物代替的物。包括独一无二的物和从一类物中指定而特定化的物。前者如一件古董、名人的一幅字迹等；后者如从一批机器设备中挑选出来的某一台等。种类物是指以品种、质量、规格或度量衡确定，不需具体指定的物，如级别、价格相等的大米。

（3）主物与从物。主物是指独立存在，与其他独立物结合使用，并在其中起主要效用的物。在两个独立物结合使用中处于附属地位、起辅助和配合作用的称为从物。例如，杯子和杯盖，杯子是主物，杯盖是从物。在法律或者合同没有相反规定时，主物所有权转移时，从物所有权也随之转移。需要注意的是，从物一定是一独立的物，否则就不是从物。

（4）原物与孳息。原物是指依其自然属性或法律规定产生新物的物，如产仔的母畜、带来利息的存款等。孳息是指物或者权益而产生的收益，包括天然孳息和法定孳息。天然孳息是指原物根据自然规律产生的物，如幼畜。法定孳息是指原物根据法律规定由一定法律关系产生的物，如存款利息、股利、租金等。孳息一定是独立于原物的物，树上的果实、母牛身体里的小牛属于原物的组成部分，不属于原物的孳息。

2. 物权

1）物权的含义及特征

物权是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。通俗来说，物权，实际是以所有权为核心的，如土地所有权、房屋所有权以及由此衍生的承包经营权、抵押权、质押权等权利。物权对权利的保护比合同权利更强，原因在于权利人直接支配物，并能排斥他人干涉。物权和债权是相对应的一种民事权利，它们共同组成民法最基本的财产权形式。与债权相比，物权具有如下特征：

（1）物权的权利主体特定，义务主体不特定。物权是指特定主体所享有并排除权利主

体外的一切其他人侵害的财产权利。作为一种绝对权和对世权，权利人以外的任何其他人都负有不得非法干涉和侵害的义务。而债权只是发生在债权人和债务人之间，权利主体和义务主体都是特定的。债权人的请求权只对特定的债务人发生效力，因此被称为对人权。

(2) 物权内容是直接支配一定的物并排除他人干涉。所谓直接支配，是权利人无须借助他人的行为就能够行使自己的权利。权利人可以依据自己的意志直接依法占有、使用其物，或采取其他支配方式。所谓排除他人干涉，是指物具有不容他人侵犯的性质。

2) 物权的分类

(1) 所有权与他物权。所有权是指所有人依法可以对物进行占有、使用、收益和处分的权利。所有权是物权中最完整、最充分的权利。他物权是指在他人所有物上设定的物权，亦称限制物权、定限物权。他物权是指所有权的部分权能与所有者发生分离，由所有人以外的主体对物享有一定程度的直接支配权。他物权与所有权一样，具有直接支配物并排斥他人干涉的性质。

(2) 用益物权和担保物权。根据设立物权的目的不同，传统民法将他物权分为用益物权和担保物权。用益物权是指以物的使用收益为目的的物权，包括建设用地使用权、土地承包经营权、地役权等。担保物权是指以担保债权为目的的物权，包括抵押权、质权、留置权等。两者的区别表现在：第一，用益物权注重物的使用价值；担保物权注重物的交换价值。第二，用益物权一般是在不动产上成立的物权。虽然《物权法》第117条为动产用益物权留下了发展空间，但《物权法》规定的具体的用益物权只是在不动产上设立；担保物权既可以在不动产，也可以在动产上设立。第三，用益物权除地役权外，均为主物权；担保物权是从物权，需以主债权的存在为前提。

(3) 动产物权和不动产物权。这是依物权客体的不同所做的分类。这种分类的意义在动产与不动产的分类中已有阐述，此处不赘。

6.1.2 物权法的基本原则

1. 平等保护原则

《物权法》第3条第3款规定，国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。第4条规定，国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。这是《物权法》关于平等保护原则的表述。平等保护原则是指物权主体在法律地位上是平等的，其享有的所有权和其他物权在受到侵害以后，应当受到法律的平等保护。平等保护原则是民法平等原则在物权法中的具体化。

2. 物权法定原则

物权法定原则是指物权的种类、效力、公示方法都要有法律规定，而不能由当事人通过合同任意创设。物权法定原则包括以下两个方面的内容：

(1) 物权种类法定。当事人不得自由创设法律未规定的新种类物权。如我国的担保物权只能是抵押权、质押权和留置权三种。如某叔侄约定：侄子若将祖宅出售，叔父有优先购买权，否则叔父有权宣告房屋买卖无效。在本案中，叔父欲以优先购买权排除他人购买，实际上是想创设一种具有排他效力的物权，但《物权法》并未将优先购买权规定为法定物权种类，因此这一约定因违反“物权种类法定原则”而无效。如果侄子违反约定将祖

宅售予他人，叔父无权主张买卖合同无效，也无权要求买卖人返还房屋。不过，该约定在《合同法》上仍然有效，因此，叔父有权请求违反约定的侄子承担违约责任。

（2）物权内容法定。物权的方式、效力等内容都由法律明文规定，当事人不得在物权中自由创设新的内容。如法律规定动产质押必须移转占有，当事人不移转占有的动产质押就不能产生物权效力。

物权的种类和内容虽然法定，但是当事人之间建立物权法律关系可以意定，即当事人可以自己决定是否建立物权法律关系以及建立何种物权法律关系。

3. 公示、公信原则

1）公示原则

物权是对世权，可以对抗任何其他人，因此要让世人知道。公示是指物权的权利状况必须通过一定的公示方法向社会公开，使得第三人在物权变动时能够知道权利的实际状况，以维护交易安全。《物权法》第6条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。不动产的权利状态通过登记制度表示，而动产权利状态的变化则通过交付表示(静态的权利状态通过占有表示)。

2）公信原则

公信是指当物权依据法律规定进行了公示，即使该公示方法表现出来的物权实际存在瑕疵，为保护交易安全，对信赖该公示的物权并已从事了物权交易的人，法律仍承认物权变动的法律效果。《物权法》第106条关于善意取得制度的规定就是公信原则的体现。公信主要是用于不动产领域，凡是登记记载的权利人在法律上推定它是真正的权利人。如张三将属于李四的房屋以自己的名义进行了产权登记，并将该房屋转让给了王五。王五受让了该房屋，即使事后证明登记是错误的，但因为王五是相信了产权登记而购买的房屋，根据公信原则实际上赋予公示的内容具有公信力。

6.1.3 占有

1. 占有的含义

所谓占有，是指民事主体对物进行管领形成的事实状态。与占有权不同，占有强调的是一种事实状态，不以有权利来源为前提。只要主体对物有客观上的控制且主观上有管领的意思就成立《物权法》上的占有。《物权法》第五编规定的占有制度，是以事实上的管领为规范对象的，如小偷对赃物的占有也是法律上的一种占有。占有的客体只能是物，对于物之外的财产权只能成立准占有，不能成立占有。占有既是物权的重要内容(占有是所有权的重要权能)，还是一些他物权成立的前提(占有是质押权与留置权的成立前提)。法律研究占有，是为了维护社会秩序，推定占有者享有合法权利，并保护占有人的占有诉权。

根据《物权法》第241条的规定，基于合同关系等产生的占有，有关不动产或者动产的使用、收益、违约责任等，按照合同约定；合同没有约定或者约定不明确的，依照有关法律规定。因此，物权法占有编的规定，只有在其他法律没有规定的情形下才能适用。

2. 占有的种类

1）自主占有与他主占有

这是按占有意思的不同所做的分类。以所有的意思占有标的物的称为自主占有。不以所有的意思占有标的物的称为他主占有。这种分类考察的是占有人的主观意图，不考虑物是否属于占有者所有，因此小偷对赃物的占有是自主占有。

2）直接占有与间接占有

直接占有是指直接对物进行事实上的管领和控制。间接占有是指不直接占有某物，但可以依据一定的法律关系对直接占有某物的人享有返还占有请求权，从而对物形成间接的管领和控制。如甲将自己的房屋出租给乙，乙作为承租人直接占有该物，则乙对房屋的占有是直接占有，甲通过乙的占有取得间接占有。

3）有权占有与无权占有

有权占有是指基于法律规定或合同约定享有占有某物的权利。无权占有指没有权利来源的占有，如不当得利人对标的物的占有等。

4）善意占有与恶意占有

这是对无权占有的进一步分类。善意占有是指无权占有人在占有他人财产时，不知道且不应当知道其占有的非法占有的情形。恶意占有是指无权占有人在占有他人财产时明知或者应当知道其占有行为属于非法但继续占有的情形，如小偷占有赃物等。

3. 占有的法律保护

根据《物权法》第245条的规定，占有的不动产或者动产被侵占的，占有人有权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人有权请求排除妨害或者消除危险；因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。此条中的“一年”在性质上属于除斥期间，且仅适用于返还原物的请求权。损害赔偿的请求权，仍适用普通诉讼时效的规定。

6.1.4 物权变动

1. 不动产的物权变动

1）不动产物权变动的基本规则

《物权法》第9条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。根据这条规定，不动产登记采用机构登记生效主义，即不动产的物权变动不仅需要当事人的法律行为或其他法律事实，还需要登记这个法律事实才能完成。如当事人订立了合法有效的房屋买卖合同后，只有依法办理了所有权转让登记以后，才能发生房屋所有权变动的法律后果。即使双方当事人支付了价款，交付了房屋，只要没有办理所有权变动的登记，就不发生房屋所有权变动的法律后果。此条所指的不动产物权不限于所有权，还包括在不动产上设立的用益物权和担保物权。如依法属于国家所有的自然资源，其所有权虽然可以不登记，但如果在自然资源上设定用益物权和担保物权，仍以办理登记为必要。

《物权法》第9条规定的“法律另有规定除外”主要是指个别不动产他物权的变动以

登记为对抗要件的情形：①土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。未经登记，不得对抗善意第三人。②地役权自地役权合同生效时设立。未经登记，不得对抗善意第三人。③已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。从这条规定来看，宅基地使用权的变动不以登记为生效要件。

另外，非以法律行为发生的不动产物权变动也不要求以登记为生效要件：①因人民法院、仲裁委员会的法律文书，人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书生效或者人民政府的征收决定等行为生效时发生效力。②因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。③因合法建造、拆除房屋等事实行为设立和消灭物权的，自事实行为成立时发生效力。上述三种情形的物权变动虽不以登记为生效要件，但获得权利的主体在处分该物权时，仍应当依法办理登记。未经登记，不发生物权效力。如甲死亡后，其房屋由继承人乙继承，虽然没有办理登记，但乙仍取得该房屋的所有权。现欲将该房屋转卖给丙，则乙应当先将房屋登记在自己名下，然后才能过户到丙的名下。否则，乙、丙之间的买卖合同虽然有效，但是不能发生房屋所有权转移的效果。

2）不动产物权的登记规则

不动产物权登记地点、登记方式等的具体规则有以下几条：

（1）登记地点。不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。国家对不动产实行统一登记制度。

（2）登记簿与权属证书。不动产物权变动自记载于不动产登记簿时发生效力。在办理完登记簿上的登记手续后，登记机关发给不动产权属证书。不动产权属证书与不动产登记簿不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准。

（3）更正登记与异议登记。更正登记是为了彻底消除登记权利与真正权利不一致的状态，避免真正权利人因为不动产登记簿上不真实的记载而遭受损害。根据《物权法》规定，权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。异议登记是利害关系人对不动产登记记载的权利提出异议并记入登记簿的行为，是在更正登记不能获得权利人同意后的补救措施。异议登记使得登记簿上记载的权利失去权利推定效力，第三人不得主张基于登记产生的公信力。为了避免登记效力因异议登记而长期处于不稳定状态，法律要求异议登记申请人在异议登记后15日内起诉，不起诉的，异议登记失效。如果异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。

（4）预告登记。《物权法》为了保障不动产买卖合同中买受人的合法权益，专门规定了预告登记。《物权法》规定，当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起3个月内未申请登记的，预告登记失效。

（5）不动产买卖合同与登记。在不动产买卖中，买卖合同的效力与办理登记没有必然联系。《物权法》规定，当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合

同效力。

(6) 登记机构禁止作为的行为。为了保证登记的真实性，约束登记机构的行为，不动产登记费按件收取，不得按照不动产的面积、体积或者价款的比例收取。登记机构不得有下列行为：①要求对不动产进行评估；②以年检等名义进行重复登记；③超出登记职责范围的其他要求。

2. 动产的物权变动

《物权法》第23条规定，动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，法律另有规定的除外。动产物权的类型主要有动产所有权、动产质押、动产抵押、留置权等。根据这条规定，动产物权的变动以交付为标准，故当事人虽然就动产所有权移转达成协议，但在未交付标的物以前，所有权并不发生移转。该条规定的"法律另有规定的除外"情形，主要是指动产抵押权的设立等情形。《物权法》第28条、29条、30条的规定同样适用于动产。

另外，《物权法》第24条规定，船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记不得对抗善意第三人。因此，船舶、航空器和机动车等贵重动产以交付为物权变动的要件，但登记具有对抗效力。当事人交付后没有办理登记，虽取得该贵重动产的物权，但该物权不能对抗善意第三人。

交付是指将物或提取标的物的凭证移转给他人占有的行为。交付通常是指现实交付，即直接占有的转移。但以下几种交付方式发生与现实交付同样的法律效果。

1) 简易交付

所谓简易交付，是指动产物权设立和转让前，权利人已经先行占有该动产，无须现实交付，物权在法律行为生效时发生变动效力。如受让人已经通过寄售、租赁、借用等方式实际占有了动产，双方当事人达成的动产物权变动合意生效时，标的物同时完成了交付，受让人取得直接占有。简易交付是一种观念交付，但由于标的物在物权变动合意达成前已经由受让人实际占有，因此，简易交付没有破坏动产物权的公示规则，占有是动产物权的权利外观。法律规定简易交付可以简化交易程序，节省交易费用。

2) 指示交付

所谓指示交付，又称返还请求权的让与，是指让与动产物权的时候，如果让与人的动产由第三人占有，让与人可以将其享有的对第三人的返还请求权让与受让人，以代替现实交付。《物权法》第26条规定了指示交付：动产物权设立和转让前，第三人依法占有该动产的，负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。只是交付作为一种观念交付，其实际交付并没有发生，因此，作为物权变动的公示不如简易交付。但由于指示交付需要有让与人对第三人的指示，因此，其公示效果可以被认识到。

3) 占有改定

所谓占有改定，是指动产物权的让与人与受让人之间特别约定，标的物由出让人继续占有，受让人取得对标的物的直接占有以代替标的物的现实交付，并双方达成物权让与合意时，视为已经交付。《物权法》第27条规定：动产物权转让时，双方又约定由出让人继续占有该动产的，物权自该约定生效时发生效力。例如，甲将其所有的某本图书卖给乙，按照一般原则，必须当将其所有的书现实交付于乙，才能发生所有权移转的效果。但甲因尚未阅读完该图书，遂与乙协商要求借用，乙表示同意。这样乙仅仅取得一个间接占有，交付在法律上已经完成。占有改定中标的物没有发生任何实际移转，物权变动没有任何可

以从外部认知的表征，因此占有改定在几种观念交付中公示效果最弱。

【例题6-2单选题】 甲在乙的画展上看中一幅画，并提出购买，双方以5万元成交。甲同意待画展结束后，再将属于自己的画取走。根据《物权法》的规定，此种交付方式属于（　　）。

A. 现实交付　　B. 简易交付　　C. 指示交付　　D. 占有改定

【答案】 D

3. 所有权取得的特别规则

《物权法》第106条至第116条就所有权取得的特别规则做出了规定，主要涉及所有权的原始取得制度。原始取得是指根据法律规定，最初取得财产的所有权或不依赖于原所有人的意志而取得财产的所有权。原始取得的方式有：劳动生产、先占、孳息、添附、善意取得、拾得遗失物、发现埋藏物等。《物权法》规定的原始取得方式中，重要的有如下几种：

1）善意取得

善意取得是指动产占有人或者不动产的名义登记人将动产或者不动产不法转让给受让人以后，如果受让人善意取得财产，即可依法取得该财产所有权或其他物权的法律制度。法律规定善意取得制度的目的在于保护占有及登记的公信力，保护交易当事人的信赖利益和交易安全，维护交易秩序。善意取得制度是对原权利人和受让人之间权利的强制性的物权配置。受让人取得财产所有权是基于法律的规定，而非当事人之间的法律行为，因此，善意取得是原始取得。

善意取得必须具备以下要件：



（1）受让人受让财产时主观上为善意。受让人善意，是指受让人相信财产的让与人不是无处分权人。受让人的善意是推定的，由真正的权利人就受让人的恶意承担举证责任，受让人在让与后是否为善意，不影响受让人取得所有权。

（2）以合理的价格有偿受让。无偿方式取得财产的，不适用善意取得制度。

（3）依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人，如果双方当事人仅仅达成合意，没有物权变动的公示行为，当事人之间只有债的法律关系，没有形成物权法律关系，不能发生善意取得的效果。

善意取得涉及三方当事人，即权利人、让与人、受让人。善意取得成立后，在当事人之间发生如下法律效果：

（1）在原权利人与受让人之间，原权利人丧失标的物的所有权，受让人基于善意取得制度获得标的物的所有权。对于动产来说，一旦善意取得成立，该动产上的原有权利消灭，但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利存在的除外。

（2）在让与人与受让人之间，让与人与受让人基于有偿法律行为而发生债的法律关系，受让人承担向让与人支付价款的义务，不能基于让与人无权处分行为拒绝支付价款。

（3）在原权利人与受让人之间，原权利人可以要求让与人（无权处分人）承担赔偿责任，也可以要求让与人返还不当得利，但无权要求让与人返还原物。

根据相关法律规定，在理解善意取得制度时，应当注意以下几点：

第一，除了动产可以适用善意取得制度外，不动产也可以适用善意取得制度。当然不动产的善意取得以登记为要件。

第二，根据《物权法》第107条的规定，对于遗失物、漂流物、隐藏物、埋藏物，由于所有权人可以要求返还标的物，因此原则上不适用善意取得制度，但是在特定情形下，

即所有权人超过2年期间仍没有主张原物返还请求权的，有善意取得制度的适用。赃物不适用善意取得制度。

第三，善意取得不但适用于所有权的取得，也适用于他物权的取得。因此，建设用地使用权、抵押权、质押权等他物权也可以适用善意取得制度。

2）拾得遗失物

遗失物是指他人不慎丧失占有的物。拾得遗失物，是指发现他人遗失物而予以占有的法律事实。根据《物权法》规定，拾得遗失物，应当返还权利人。拾得人与权利人之间法律关系的处理规则是：①拾得遗失物，应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门。②拾得人在返还遗失物时，可以要求支付必要费用，但不得要求支付报酬。但遗失人发布悬赏广告，愿意支付一定报酬的，不得反悔。③有关部门收到遗失物，知道权利人的，应当及时通知其领取；不知道的，应当及时发布招领公告。自发出招领公告之日起6个月内无人认领的，遗失物归国家所有。④拾得人在遗失物送交有关部门前，有关部门在遗失物被领取前，应当妥善保管遗失物。因故意或者重大过失致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。⑤拾得人拒不返还遗失物的，按侵权行为处理。拾得人不得要求支付必要费用，也无权请求权利人按照承诺履行义务。

如果遗失物通过转让为拾得人以外的第三人占有时，权利人可以主张以下权利：①权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，或者自知道、应当知道受让人之日起2年内向受让人请求返还原物。②如果受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的，权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付费用后有权向无处分权人追偿。

拾得遗失物、发现埋藏物或者隐藏物的，同样适用拾得遗失物的处理规则。

【例题6-3单选题】

根据《物权法》的规定，下列情形中，善意第三人不能依据善意取得制度取得相应物权的是（　　）。

A. 保管人将其保管的机器设备卖给不知情的第三人

B. 电脑的承租人将其租赁的电脑向不知情的债权人设定质权

C. 动产质权人擅自将质物转质于不知情的第三人

D. 受托代为转交某一物品的人将该物品赠予不知情的第三人

【答案】 D

6.1.5 物权的民法保护

物权的保护是指通过法律规定的方法和程序，对权利人的物权进行保护。物权的保护不仅仅是民法的内容，也是宪法、刑法、行政法的重要内容。物权的民法保护，专指民事法律对物权提供的救济。根据保护方法的不同，物权的民法保护分为物权的保护方法和债权的保护方法。其中，物权的保护方法指物上请求权，债权的保护方法指恢复原状、损害赔偿的救济手段。

1. 物上请求权

物权是对物的直接支配权，物权人对其权利的实现，无须他人行为的介入。如果有他人干涉，使权利人的物权受到妨害或有妨害的危险时，法律赋予物权人除去该妨害，恢复对标的物支配的权利，这种权利就是物上请求权。物上请求权的行使，可依意思表示方式

进行，即物权人在其物权受到妨害后，直接请求侵害人为一定的行为，如停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产等，也可依诉讼方式进行。

根据具体救济内容的不同，物上请求权包括返还原物请求权、排除妨害请求权和消除危险请求权。

2. 债权请求权

物权人在其标的物受到损害时，除要求返还原物、排除妨害、消除危险以外，还可以请求修理、重做、更换或者赔偿损失。这两项请求权在性质上属于债权请求权，请求权的行使以侵害人的行为构成侵权行为，应当以承担侵权损害赔偿之债为前提。

物上请求权与债权请求权不同。物上请求权旨在恢复物权人对其标的物的支配状态，从而使物权得以实现。债权请求权的目的在于填补损害，它是通过修理、重做的方式恢复原状；或者在不能恢复原状时，以金钱作为赔偿，填补物权人受到的财产损失。物上请求权基于物权本身产生，因此其权利的行使不以相对人有过错为前提，而物上请求权不以有损害为必要。当然，如果物权人因他人的违法行为受到侵害，构成侵权行为时，可以同时适用物上请求权和债权请求权。

6.2 所有权制度

6.2.1 所有权的基本理论

1. 所有权的概念和权能

所有权，是指所有人依照自己的意志通过对其所有物进行占有、使用、收益和处分等方式，独立性支配其所有物，并排除他人非法干涉的永久性物权，在物权法律体系中占据核心地位。所有权人对自己的不动产或者动产，依照法律规定享有占有、使用、收益、处分四项权能。

1）占有权

占有权是指民事主体依法享有的对于某项财产的实际控制权。与主体强调事实管领不同，占有权是基于合法占有产生的权利。

2）使用权

使用权是指民事主体依照物的性能对物进行利用，以满足生产或生活的需要。使用权是民事主体对于财产进行合法利用的权利。

3）收益权

收益权是指民事主体通过合法途径基于财产而产生的物质利益的权利。收益包括孳息和利润。

4）处分权

处分权是财产所有人最基本的权利，也是所有权的核心内容。

占有、使用、收益和处分，构成了完整的所有权权能。财产所有人可以将这四项权能集于一身统一行使，也可以将这四项权能中的若干权能交由他人行使。在社会生活中，财产所有人正是通过这四项权能与自己不断分离和回复的方式，来实现生产和生活的特定

目的。

2. 所有权的特征

1）自权性

所有权的自权性是指所有权系所有人对自己的物所享有的物权。因此，所有权为自物权。所有人在行使对标的物的权利时，无须其他权利的中介，即可直接、无条件地行使占有、使用、收益、处分的权利。

2）全面性

所有权的全面性又称完全性，是指所有权是最完全的物权。所以，在法律规定的范围内，所有人对于所有物得为占有、使用、收益及处分等全面的概括的支配，即对所有物的使用价值和交换价值都可予以全面的支配。

3）单一性

所有权的单一性又称整体性，是指所有权系对标的物具有概括管领支配力或统一支配力的物权。所有权尽管具有占有、使用、收益、处分等权能，但所有权并不是这些权能的总和，而是各种权能浑然一体的整体性权利。

4）弹力性

所有权的弹力性又称归一性，是指所有权的单一内容可以自由伸缩。即在所有权之上设定限制物权时，所有人对所有物的全面支配权将因受到限制而减缩；而于该限制解除时，所有人又恢复了对所有物的圆满支配状态。

5）恒久性

所有权的恒久性又称永久性、无期性，是指所有权因标的物的存在而永久存续，不得预定其存续期间。因此，所有权是无期物权。所有权的恒久性并非指所有权永不消灭或不可消灭，而只是指所有权不得如国有土地使用权、典权等预定存续期间。标的物因灭失、抛弃、取得实效等，都可导致所有权的消灭。所有权的恒久性，是所有权区别于他物权的又一重要标志。

【例题 6-4 单选题】 私营企业主王某办公用的一台电脑损坏，遂嘱秘书张某扔到垃圾站。张某将电脑搬到垃圾站后想，与其扔了不如拿回家给儿子用。张某便将电脑搬回家，经修理后又能正常使用，王某得知后要求张某返还。下列说法中正确的是（　　）。

A. 张某违反委托合同，不能取得电脑的所有权

B. 张某基于先占取得电脑的所有权

C. 王某有权要回电脑，但应当向张某予以补偿

D. 因抛弃行为尚未完成，王某可以撤回其意思表示，收回对电脑的所有权

【答案】 B

3. 征收与征用

法人、其他组织及公民所有的财产不可侵犯。根据《宪法》规定，国家只有基于公共利益需要，才能依法对私有财产进行征收或者征用。《物权法》对征收、征用做了具体规定。

1）征收

征收是指国家为了公共利益的需要而依法强制取得原属于私人或者集体所有的所有权或者他物权的行为。《物权法》规定，为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序

可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。

2）征用

征用是指国家为了公共利益的需要而依法强制取得原属于私人或者集体所有的财产的使用权的行为。《物权法》第44条规定，因抢险、救灾等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后，应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。

征收与征用的主体都是国家，都是为了公共利益的需要，也均是强制性的。但是两者之间仍存在区别：①法律效果不同。征收是财产所有权发生了变化；征用是所有权没有变化，但是所有权人暂时丧失物的使用权。征用的结果，如果标的物没有灭失，仍需要返还给权利人；征收不存在返还的问题。②征用对象不同。征收是针对土地、房屋等不动产，不包括动产；征用则要求不动产和动产均有适用。③适用条件不同。征收和征用虽都是为了公共利益，但是征用还要求必须是为了抢险、救灾等紧急需要。

无论征收还是征用，除了适用于所有权外，还可以适用于用益物权，甚至是担保物权，如土地承包经营权、建设用地使用权、抵押权等权利。

6.2.2 所有权的类型

1. 国家所有权

国家所有权是国家对于国有财产的占有、使用、收益和处分的权利。《物权法》规定，法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。因此，国家所有权是社会主义全民所有制在法律上的表现。

《物权法》第45条的规定，法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。国家财产由国务院代表国家行使所有权，法律另有规定的依照其规定。当然在具体实施上，则由占有国有财产的各级国家机关和企事业单位行使；国家机关对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利。国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照国家法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。国家出资的企业，由国务院、地方人民政府依照法律、行政法规规定分别代表国家履行出资人职责，享有出资人权益。未授权给公民、法人经营、管理的国家财产受到侵害的，不受诉讼时效的限制。

根据《物权法》第46条至第52条的规定，国家所有权有最广泛的客体，具体包括：①城市土地、矿藏、水流、海域；②无线电频谱资源；③国防资产；④法律规定属于国家所有的野生动物植物资源；⑤森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，属于国家所有，但法律规定属于集体所有的除外；⑥法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地及铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施，属于国家所有；⑦法律规定属于国家所有的文物，属于国家所有。这些财产有的只能作为国家所有权的客体，如①至

③项中的财产。根据《物权法》第56条的规定，国家所有的财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。

2. 集体所有权

集体所有权是指劳动群众组织占有、使用、收益和处分其财产的权利。集体所有权的客体可以是除法律规定只能属于国家所有权客体以外的其他任何财产。例如，集体组织可以享有土地、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等的所有权，但不包括地下的矿产资源，因为矿产资源属于国家所有。集体所有权的各项权能可以由集体组织自己行使，也可以将其所有权的权能转移给个人行使。《物权法》将集体所有区分为农民集体所有和城镇集体所有，其中农民集体所有的不动产和动产，属于本集体成员集体所有。对集体财产的很多处分，需要由集体成员共同决定。城镇集体所有的不动产和动产，依照法律、行政法规的规定由本集体享有占有、使用、收益和处分的权利。根据《物权法》的规定，集体经济组织、村民委员会或者其负责人做出的决定侵害集体成员合法权益的，受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。

3. 私人所有权

私人所有权是私人依法享有的占有、使用、收益和处分其生产资料和生活资料的权利。根据《物权法》第64条规定，私人对其合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、原材料等不动产和动产享有所有权。合法的储蓄、投资及其收益也受到法律保护。另外，企业、社会团体依法所有的不动产和动产，受法律保护。

6.2.3 业主的建筑物区分所有权

1. 业主的建筑物区分所有权概述

根据《物权法》第70条规定，业主的建筑物区分所有权由专有部分所有权、共有部分的权利以及因共同关系产生的成员权三种权利构成。专有所有权、共有权及成员权三种权利共同作为一个整体出现，不得分离。权利人不得保留专有部分所有权而抵押其共有部分，也不得保留成员权而转让专有部分所有权与共有权。

业主的建筑物区分所有权不同于传统的共有制度，其本质属性仍是单独共有，共有部分及成员权部分均是为单独所有服务的。因此，建筑物区分所有权人在转让其权利时，其他建筑物区分所有权人并不享有优先购买权。

业主是指依法登记取得或者根据物权法有关规定取得建筑物专有部分所有权的人，基于与建设单位之间的商品房买卖民事法律行为，已经合法占有建筑物专有部分，但尚未依法办理所有权登记的人，也可以认定为业主。专有部分的承租人、借用人等物业使用人，根据法律、法规、管理规约、业主大会或者业主委员会依法做出的决定，以及其与业主的约定，享有相应权利，承担相应义务。业主与物业的承租人、使用人或者其他物业使用人约定由物业使用人交纳物业费的，物业服务企业可以请求业主承担连带责任。

2. 业主的建筑物区分所有权的客体

业主的建筑物区分所有权的客体包括专有部分和共有部分：专有部分是指通过物理方法分割，兼具构造上和使用上独立性的特定空间。专有部分要求具备以下要件：①具有构

造上的独立性，能够明确区分；②具有利用上的独立性，可以排他使用；③能够登记成为特定业主所有权的客体。规划上专属于特定房屋，且建设单位销售时已经根据该规划列入该特定房屋买卖合同中的露台等，应当认定为专有部分的组成部分。共有部分包括共有部分及附属物、共有设施等，它们都是建筑物区分所有权的客体。

1）专有部分的所有权

根据《物权法》第70条规定，业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，有权对其专有部分占有、使用、收益和处分。业主行使专有部分所有权时，不得危及建筑物的安全，不得侵害其他业主的合法权益。如业主在对其专有部分装修时，不得拆除房屋内的承重墙等。业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经有利害关系的业主同意。

2）共有部分的共有权

业主对专有部分以外的共有部分，如建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分，通道、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施、设备，避难层、设备层或者设备间等结构部分享有共有的权利。业主的共有，有部分共有和全体共有的区别。如两层之间的楼板，属于这两层的业主共有；单元内的电梯，属于单元内的业主共有；小区内的公共绿地，属于小区全体业主共有。根据《物权法》的规定，属于全体业主共有的部分一般包括：①建筑区划内的土地，依法由业主共同享有建设用地使用权，但属于业主专有的整栋建筑物的规划占地或者城镇公共道路、绿地占地除外。②建筑区划内的道路，属于业主共有，但属于城镇公共道路的除外。③建筑区划内的绿地，属于业主共有，但属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。④建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。⑤占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。为了解决车位紧张问题，即使是属于开发商所有的车位，法律也对开发商的处分权进行了限制，要求在建筑区划内规划用于停放汽车的车位、车库首先满足业主需要。

业主对专有部分以外的共有部分既享有权利，又承担义务，此项义务不得放弃。在转让专有部分所有权时，共有部分的共有权及共同管理权必须随之转移。除违反法律、法规、管理规约，损害他人合法权益外，业主基于对住宅、经营性用房等专有部分特定使用功能的合理需要，无偿利用屋顶以及与其专有部分相对应的外墙面等共有部分的，不应认为侵权。

3）成员权

根据《物权法》第70条规定，业主对专有部分以外的共有部分享有共同管理的权利。业主可以自行管理建筑物及其附属设施，也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。业主可以设立业主大会，选举业主委员会。业主大会和业主委员会，对任意弃置垃圾、排放大气污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。《物权法》规定的业主共同行使权利的大部分事项，如制定和修改业主会议议事规则、制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约、选举业主委员会或者更换业主委员会成员、选聘和解聘物业服务机构或者其他管理人等事项经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意即可。但是对于筹集和使用建筑物

及其附属设施的维修资金和改建、重建建筑物及其附属设施的行为，则应当经专有部分占建筑物总面积2/3以上的业主且占总人数2/3以上的业主同意。“业主人数”按照专有部分的数量计算，一个专有部分按一人计算。但建设单位尚未出售和虽已出售但尚未交付的部分，以及同一买受人拥有一个以上专有部分的，按一人计算。“专有部分面积”根据不同情况处理：一是按照不动产登记簿记载的面积计算；尚未进行物权登记的，暂按测绘机构的实测面积计算；尚未进行实测的，暂按房屋买卖合同记载的面积计算。“建筑物总面积”则按照前项的统计总和计算。

6.2.4 共有

1. 共有概述

共有，是指某项财产由两个或两个以上的权利主体共同享有所有权。《物权法》第93条确定的共有方式分为按份共有和共同共有。共有的主体是两个或两个以上的公民或法人。但是多数人共有一物，并非有多个所有权，只是一个所有权由多人共同享有。共有物在共有关系存续期间不能分割，不能由各个共有人分别对某一部分共有物享有所有权。每个共有人的权利属于整个共有财产，因此共有不是分别所有。在内容方面，共有人对共有物按照各自的份额享有权利并承担义务，或者平等地享有权利、承担义务。在处分共有财产时，必须由全体共有人协商，按照法律规定的方式决定。共有法律关系的权利内容原则上只能是所有权，用益物权及担保物权的共有，称之为准共有，可以参照共有制度的相关规定。

2. 按份共有

按份共有，是指两个或两个以上的共有人按照各自的份额分别对共有财产享有权利和承担义务。按份共有人按照预先确定的份额分别对共有财产享有占有、使用和收益的权利。但对共有财产的使用，应由全体共有人协商决定。按份共有人死亡以后，其份额可以作为遗产由继承人或受遗赠人获得。按份共有人有权自由处分自己的共有份额，无须取得其他共有人的同意，但是共有人将份额出让给共有人以外的第三人时，其他共有人在同等条件下享有优先购买权。

【例题6-5单选题】 甲、乙、丙、丁按份共有一栋房屋，份额相同。为提高该房屋使用价值，甲向乙、丙、丁提议拆旧翻新。在共有人之间未就该事项做出明确约定的情况下，下列表述中，符合物权法法律制度规定的是(　　)。

A. 即使乙、丙、丁不同意，甲仍可以拆旧翻新

B. 只要乙、丙、丁中有一人同意，甲就可以拆旧翻新

C. 只要乙、丙、丁中有二人同意，甲就可以拆旧翻新

D. 只有乙、丙、丁均同意，甲才可以拆旧翻新

【答案】 C

3. 共同共有

共同共有是指两个或两个以上的公民或法人，根据某种共同关系而对某项财产不分份额地共同享有权利并承担义务。共同共有基于共同关系产生，以共同关系的存在为前提。共同关系可以表现为夫妻关系、家庭关系等。

共同共有中，共有人对共有财产不分份额地享有权利，对共有财产享有平等地占有和使用的权利。对共有财产的收益，不是按比例分配，而是共同享用。对共有财产的处分，必须征得全体共有人的同意。共同共有关系终止，才能确定各个共有人的份额，分割共有财产。因此共同共有人比按份共有人之间具有更密切的利害关系。

根据《物权法》第 103 条规定，共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有的，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系外，视为按份共有。

4. 共有物的处分

1）共有物的处分规定

根据《物权法》第 97 条规定，处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产做重大修缮的，应当经占份额 2/3 以上的按份共有人同意或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。一个或者几个共有人未经占份额 2/3 以上的按份共有人同意或者其他共同共有人同意，擅自处分共有财产的，其处分行为应当作为效力待定的民事行为处理。如果第三人善意、有偿取得该财产，符合善意取得制度规定的，第三人可以取得该物的所有权。其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。可以依据共有人之间的协议，由某个共有人代表或代理全体共有人处分共有财产。

2）费用的承担

对共有物的管理费用以及其他负担，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按份共有人按照其份额负担，共同共有人共同负担。

3）共有财产的分割

共有财产的分割可以采取三种方式：协议分割、实物分割、变价分割或作价分割。共有财产分割以后，共有关系消灭。不管是就原物进行分割还是变价分割，各共有人就分得财产取得单独的所有权。但要注意一点，共同共有财产分割后，一个或者数个原共有人出卖自己分得的财产时，如果出卖的财产与其他原共有人分得的财产属于一个整体或者配套使用，其他原共有人可以主张优先购买权。

5. 共同的对外关系

根据《物权法》第 102 条规定，因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人享有连带债权、承担连带债务，但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人，有权向其他共有人追偿。

6.2.5 相邻关系

相邻关系是指两个或者两个以上相互毗邻的不动产的所有人或使用人，在行使不动产的所有权或使用权时，因相邻各方应当给予便利和接受限制而发生的权利义务关系。主张相邻关系的当事人，既可以是不动产的所有人，也可以是不动产的使用人。主要的相邻关系有以下几种情形。

（1）因通行而产生的相邻关系。根据《物权法》第 84 条规定，不动产权利人对相邻权利人因通行等必须利用其土地的，对方应当提供必要的便利。

（2）因用水、排水产生的相邻关系。根据《物权法》第 86 条的规定，不动产权利人

应当为相邻权利人用水、排水提供必要的便利。对自然流水的利用，应当在不动产的相邻权利人之间合理分配。对自然流水的排放，应当尊重自然流向。

(3) 因修建施工、防线发生的相邻关系。根据《物权法》规定，不动产权利人因修造、修缮建筑物以及铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气管线等必须利用相邻土地、建筑物的，该土地、建筑物的权利人应当提供必要的便利，但不动产权利人不得危及相邻不动产的安全。

(4) 因通风、采光而产生的相邻关系。根据《物权法》规定，相邻各方修建房屋和其他建筑物，必须与邻居保持适当距离，不得违反国家有关工程建设标准，不得妨碍邻居的通风、采光和日照。

(5) 因不可量物产生的相邻关系。不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质。

根据《物权法》规定，不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。有法律规定的，依照法律规定处理；没有规定的，可以按照当地习惯。如果不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产并造成损害的，应当给予赔偿。

6.3 用益物权制度

6.3.1 用益物权的基本理论

1. 用益物权的概念

用益物权是对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。用益物权是一种建立在他人之物上所设立的限制物权。用益物权包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权、准物权。准物权具体包括海域使用权、探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利。

在现代社会，人们日趋注重对物的利用，物权观念开始从“所有”向“利用”转变，因此用益物权的地位也日益彰显。

2. 用益物权的特征

1）用益性

用益性是指用益物权以对标的物的使用、收益为目的而设立的物权。用益性是用益物权的基本属性，用益物权与担保物权相区别的基本标志。物具有价值和使用价值双重属性。用益物权和担保物权是就这两种不同的价值而设立的物权，用益物权侧重于物的使用价值，而担保物权侧重于物的价值或交换价值。

2）独立性

独立性是指用益物权不以用益物权人对所有人享有其他权利为其存在的前提。用益物权的独立性表明用益物权不具有担保物权所具有的从属性和不可分性的属性。就是说，用益物权不以他权利的成立为成立前提，不随他权利的让与而让与，亦不随他权利的消灭而消灭。同时，用益物的变化，如部分灭失或价值减少等，用益物权都将随之发生变化。

3）占有性

占有性是指用益物权须以实际上支配用益物权为实现条件。物权是一种支配权，用益物权和担保物权都是如此，但用益物权和担保物权的支配形态不尽相同。用益物权的内容在于使用收益物的实体，即对物的使用价值的用益，因而它必然以实体上的有形支配，即实际占有为必要。用益物权必须转移给用益物权人实际占有支配，否则，用益物权人的用益目的就无法实现。例如，若不转移土地，用益物权人就无法在土地上营造建筑物或进行耕作。

4）用益物权的客体是不动产

物权的客体包括动产、不动产和权利。担保物权的客体可以是动产，也可以是不动产，还可以是权利；但用益物权的客体只能是不动产，而不包括动产和权利。

6.3.2 主要用益物权介绍

1. 土地承包经营权

土地承包经营权，是指由公民或集体组织，对国家所有或集体所有的土地、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等，依照承包合同的规定而享有的占有、使用和收益的权利。土地承包经营权的承包人原则上是土地所属的集体经济组织的成员，其权利客体是农业用地。

承包经营权通过订立承包合同方式确立。根据《物权法》规定，土地承包经营权自土地承包权合同生效时设立。承包经营权的期限因为内容的不同而有所不同：耕地的承包期为 30 年；草地的承包期为 30 年至 50 年；林地的承包期为 30 年至 70 年，特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。

在承包经营范围内，承包权人有权根据法律规定，采取转包、互换、转让等方式流转土地承包经营权，流转期限不得超过承包期的剩余期限。如果采取互换、转让方式流转没有办理登记手续的，不得对抗善意第三人。通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地，依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定，其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。在承包期内，承包地被征收的，土地承包经营权人有权依照法律规定获得相应补偿。

2. 建设用地使用权

1）建设用地使用权概述

建设用地使用权是指民事主体对国家所有的土地，依法享有占有、使用和收益的权利，有权利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施。建设用地使用权是从国家土地所有权中分离出来的一项民事权利，独立于土地所有权存在。建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权。建设用地使用权是有期限的物权。建设用地使用权是可以自由处分的。

2）建设用地使用权的取得

建设用地使用权的取得方式有出让、划拨等。其中划拨是无偿取得使用权的方式，因此法律严格限制以划拨方式设立建设用地使用权。《物权法》规定，凡是工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地，都应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。

建设用地使用权的设立必须向登记机构办理登记，登记是设立、变更、转让、消灭建

设用地使用权的生效条件。

3）建设用地使用权的流转

权利人取得建设用地的使用权后，除法律另有规定的以外，有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠予或者抵押。在转让、互换、出资或者赠予时，附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分。当建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠予的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分。因此，实际上建设用地使用权与附着在上面的建筑物所有权采取“房随地走、地随房走、房地一体”的流转规则。根据《物权法》规定，住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。

3. 地役权

1）地役权概述

地役权是指不动产权利人(包括土地所有人、地上权人以及土地的承租人)，为了自己利用不动产的方便或者不动产利用价值的提高，通过约定得以利用他人不动产的权利。其中为他人不动产利用提供便利的不动产成为供役地，而享有地役权的不动产成为需役地。可以设立地役权的不动产不局限于土地，还包括建筑物和其他构筑物。

地役权具有从属性和不可分性。地役权的从属性，是就地役权与需役地的关系而言。具体体现在地役权不得与需役地相分离单独转让。地役权不得与需役地的所有权或使用权相分离，作为其他权利的标的，不得单独设定抵押。

所谓地役权的不可分性，是指地役权存在于需役地和供役地的全部，不能分割为各个部分或仅仅以一部分而单独存在。需役地以及需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，受让人同时享有地役权。供役地以及供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，地役权对受让人具有约束力。

根据《物权法》规定，地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。可见，我国对地役权的设定采用的是登记对抗主义。

2）地役权与其他用益物权的关系

根据《物权法》的规定，地役权与其他用益物权之间的平衡采用下列方式：①土地所有权人享有地役权或者负担地役权的，设立土地承包经营权、宅基地使用权时，该土地承包经营权人、宅基地使用权人继续享有或者负担已设立的地役权。②土地上已设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等权利的，未经上述用益物权人同意，土地所有权人不得设立地役权。③以土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让，但合同中另有约定的除外。以土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。

3）地役权的效力

地役权的效力包括：①地役权人有利用供役地及从事必要附属行为的权利。根据《物权法》规定，地役权人有权根据合同约定的利用目的和方法利用供役地，同时尽量减少对供役地权利人物权的限制。②地役权的期限由当事人约定，但不得超过土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权的剩余期限。③如果地役权人滥用地役权或者约定的付款期间

届满后在合理期限内经两次催告未支付费用的，供役地权利人有权解除合同，使得地役权消灭。

6.4 担保物权制度

6.4.1 担保物权的基本理论

1. 担保物权概述

担保物权，是指在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人依法享有就担保财产优先受偿权利的他物权。

担保物权是重要的他物权类型，特点是：①担保物权以担保主债权的实现为目的。②担保物权是价值权，权利人支配的是担保财产的交换价值。③担保物权是从属于主债权的物权。④担保物权的客体可以是债务人的财产或权利，也可以是第三人的财产或权利。

设立担保物权，应当依照《物权法》和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

2. 担保物权的特性

1）从属性

担保物权的设立目的就是担保债权的实现，故担保物权具有从属性。担保物权的从属性体现在以下三个方面：①发生上的从属性。原则上担保物权的设立，以主债权存在为前提(最高额抵押等属于例外情形)。主债权不存在，担保物权也不能设立。②移转上的从属性。担保物权不能与主债权分离而转让。担保物权不能与主债权分离，单独作为权利质权的客体。③消灭上的从属性。原则上，主债权消灭，担保物权也归于消灭。不过主债权部分消灭时，基于担保物权的不可分特性，担保物权并不部分消灭。

2）不可分性

担保物权的不可分性是指担保物的全部担保债权的各部分以及担保物的各部分担保债权的全部。即在所担保的债权未受全部清偿前，担保权人可就担保物的全部行使权利。债权部分消灭，债权人仍就未清偿部分的债权对担保物的全部行使权利。担保物部分灭失，残存部分仍担保债权全部。担保物权之所以具有不可分性，主要是为了强化担保物权的效力。

3）物上代位性

担保物权注重物的交换价值，因此当担保物灭失后，其价值变为他物或权利时，担保物继续存在于该物或该权利之上，这是法律承认担保物权物上代位性的原因。因此，在担保期间，如果担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等有限受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

6.4.2 抵押

1. 抵押的含义与特征

抵押，是指债务人或者第三人不转移对财产的占有，将该财产抵押给债权人，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形时，债权人有权依法以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。抵押中提供财产担保的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。

抵押权作为担保物权的一种，具有从属性、不可分性和物上代位性。另外抵押权是不移转标的物占有的一种担保物权。是否移转标的物的占有是抵押权与其他担保物权的重要区别。由于抵押权的设定不需要移转占有，因此，抵押权的设定不能采用占有移转的公示方法，而必须采用登记或者其他方法公示。

2. 抵押权的设定

抵押权主要通过法律行为获得，但抵押权也可以基于法律行为以外的法律事实获得，如基于继承或者善意取得制度取得抵押权。基于法律行为取得抵押权，就是抵押权的设定是由双方当事人签订抵押合同，抵押合同应当采用书面形式。抵押当事人包括抵押人和抵押权人，其中抵押权人就是债权人，抵押人即抵押财产的所有人，既可能是债务人，也可能是第三人。设定抵押权属于处分财产的行为，因此，抵押人必须对设定抵押的财产享有所有权或处分权。

在债务履行期届满前，抵押权人不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。如果双方当事人的抵押合同有这样的条款，该条款(流押条款)无效。流押条款的无效不影响抵押合同其他条款的效力。

1）抵押物

又称为抵押财产，是指抵押人用以设定抵押权的财产。抵押物是抵押权的标的物。根据《物权法》的规定，下列财产可以作为抵押物：

（1）建筑物和其他土地附着物。地上定着物包括尚未与土地分离的农作物，但当事人以农作物和与其尚未分离的土地使用权同时抵押的，土地使用权部分的抵押无效。因为种植农作物的土地属于耕地，故属于不可以抵押的财产。

（2）建设用地使用权。对于建筑物和建设用地使用权的抵押，结合《物权法》的规定，要注意以下几点：第一，以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权同时抵押。以建设用地使用权抵押的，该国有土地上的房屋同时抵押，即“地随房走，房随地走，房地一体”。即使抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。第二，如果以建设用地使用权设定抵押的，土地上新增的房屋不属于抵押物。抵押权实现时，可以依法将该土地上新增的房屋与抵押物一同变价，但对新增房屋的变价所得，抵押权人无权优先受偿。第三，乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围的建设用地使用权一并抵押。

（3）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权。并非所有的土地承包经营权都可以成为抵押权的客体，只有以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权才可以成为抵押权的客体。

(4) 生产设备、原材料、半成品、产品。

(5) 正在建造的建筑物、船舶、航空器。根据相关法律规定，依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物也属于可以抵押的标的物。

(6) 交通运输工具。

(7) 法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。

抵押人可以将上述财产一并抵押。

根据《物权法》的规定，下列财产不得抵押：

(1) 土地所有权。在我国，土地归国家所有和集体所有，不能成为私人财产。因此土地所有权不得抵押，也就是不能以国家或集体所有的土地抵押，否则抵押合同无效。

(2) 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地所有权，但是法律规定可以抵押的除外。

(3) 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施。

(4) 所有权、使用权不明或者有争议的财产。所有权、使用权不明或者有争议，无法确定是否有处分权，因此不得抵押。

(5) 依法被查封、扣押、监管的财产。但是已经设定抵押的财产被采取查封、扣押等财产保全或者执行措施的，不影响抵押权的效力。

(6) 法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。如依法定程序确认为违法、违章的建筑物。

【例题 6-6 多选题】 根据《物权法》的规定，下列财产中，可以作为抵押物的有(　　)。

A. 机动车

B. 建筑物

C. 正在制造的生产设备

D. 通过招标方式取得的荒地的土地承包经营权

【答案】 ABCD

2) 抵押登记

(1) 登记是抵押权的设立条件。根据《物权法》的规定，如果以建筑物和其他土地附着物，建设用地使用权，以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权，正在建造的建筑物这四种财产设定抵押的，应当办理抵押物登记，抵押权自登记之日起设立。

登记是抵押权的设立条件的情形，应当注意以下几点：第一，以上述财产设定抵押，如果当事人未办理登记，虽然抵押权没有设立，但是抵押合同已经生效。第二，抵押物登记记载的内容与抵押合同约定的内容不一致的，以登记记载的内容为准。第三，以尚未办理权属证书的财产抵押的，只要当事人在一审法庭辩论终结前能够提供权利证书或者补办登记手续的，法院就可以认定抵押有效。

(2) 登记为对抗第三人的效力。当事人以《物权法》规定的生产设备、原材料、半成品、产品，正在建造的船舶、航空器，交通运输工具设定抵押，或者以《物权法》规定的动产设定抵押，抵押权自抵押合同生效时设立。未经登记，不得对抗善意第三人。因此这些财产设定抵押时，抵押权自抵押合同签订之日起设立，并对当事人产生拘束力。如果没

有登记，不能对抗善意第三人。

3. 抵押权的效力

抵押权的效力主要体现为抵押关系当事人的权利义务。

1）抵押人的权利

（1）抵押物的占有权。抵押设定以后，除法律和合同另有约定以外，抵押人有权继续占有抵押物，并有权取得抵押物的孳息。因此，原则上抵押权的效力不及于抵押物的孳息。但是，根据《物权法》的规定，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。

（2）抵押物的收益权。抵押权设定以后，由于抵押物仍然归抵押人占有，因此抵押人有权将抵押物出租。这里需要注意抵押权与出租之间的关系：第一，如果抵押权设定在先，出租在后，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。抵押人将已抵押的财产出租时，如果抵押人未书面告知承租人该财产已抵押的，抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任；如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的，抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自己承担。第二，抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。

（3）抵押物的处分权。抵押设定以后，抵押人并不丧失对抵押物的所有权，抵押人有权将抵押物转让给他人，但抵押人处分财产的权利受到一定的限制。根据《物权法》规定，抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。因此，转让抵押财产是以抵押权人的同意为条件的。

（4）设定多项抵押的权利。抵押人可以就同一抵押物设定多个抵押权。在同一抵押物上有数个抵押权时，各个抵押权人应按照法律关系规定的顺序行使抵押权。

2）抵押权人的权利

（1）保全抵押物。在抵押期间，抵押权人虽未实际占有抵押物，但法律为了抵押权人的利益，赋予其保全抵押物的权利。如果抵押物受到抵押人或第三人的侵害，抵押权人有权要求停止侵害、恢复原状、赔偿损失。如果因抵押人的行为使抵押物价值减少，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。

（2）放弃抵押权或者变更抵押权的顺位。《物权法》规定，抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

（3）优先受偿权。在债务人不履行债务时，抵押权人有权以抵押财产折价或者以拍卖、变卖抵押物的价款优先于普通债权人受偿。抵押物折价或者拍卖、变卖该抵押物的价款不足清偿债权的，不足清偿的部分由债务人按普通债权清偿。

4. 抵押权的实现

担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当然，当事人另有约定的按照约定。如果债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。抵押物折价或者拍卖、变卖所得的价款，当事人没有约定的，清偿顺序如下：①实现抵押权的费用；②主债权的利息；③主债权。抵押物不足清偿的债权由债务人清偿。

在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿；如抵押权所担保的债权未届清偿期，抵押权人可以请求人民法院对其采取保全措施。

如果在同一物上并存数个抵押权或并存数个物权(包括一项抵押权)，会产生优先受偿权的位序问题。关于优先受偿权位序，采取法定主义，由法律明文规定。

1）多个抵押权并存时的清偿顺序

同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿：

（1）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿。如果当事人同一天在不同的法定登记部门办理抵押物登记的，视为顺序相同。因登记部门的原因导致抵押物进行了连续登记的，以第一次登记的时间为准确定抵押顺序。

（2）抵押权已登记的先于未登记的受偿。

（3）抵押权未登记的按照债权比例清偿。

（4）顺序在先的抵押权与该财产的所有权归属一人时，该财产的所有权人可以以其抵押权对抗顺序在后的抵押权。

（5）顺序在后的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权人只能就抵押物价值超过顺序在先的抵押担保债权的部分受偿。

2）与其他物权并存时的清偿顺序

当抵押权与其他物权并存时，也存在位序问题。

（1）抵押权与质权并存。同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。

（2）抵押权与留置权并存。同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。

（3）抵押权与其他权利并存。如果同一财产有抵押权与《合同法》第286条规定的优先受偿权并存时，《合同法》第286条的优先受偿权优先于抵押权。

5. 最高额抵押

最高额抵押是指为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿的情形。

最高额抵押权的设定不以已经存在的债权为前提，而是对将来发生的债作担保。根据

《物权法》规定，最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。

抵押权人的债权在下列情况下确定：

(1) 约定过的债权确定期间届满。

(2) 没有约定债权确定区间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起2年后请求确定债权。

(3) 新的债权不可能发生。

(4) 抵押财产被查封、扣押。

(5) 债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销。

(6) 法律规定债权确定的其他情形。

抵押权人实现最高额抵押权时，如果实际发生的债权余额高于最高限额的，以最高限额为限，超过部分不具有优先受偿的效力；如果实际发生的债权余额低于最高限额的，以实际发生的债权余额为限对抵押物优先受偿。

6. 浮动抵押

《物权法》规定，经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。

这是关于动产浮动抵押的规定。动产的浮动抵押只能由特定的主体设立，即企业、个体工商户、农业生产经营者。其抵押客体是动产，指现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、成品，不包括不动产。浮动抵押的设立以合同的生效为条件，不以登记为要件。但是不登记的，抵押权不能对抗善意第三人。在动产浮动抵押情况下，抵押财产在下列情形之一发生时确定：①债务履行期届满，债权未实现。②抵押人被宣告破产或者被撤销。③当事人约定的实现抵押权的情形。④严重影响债权实现的其他情形。

在动产浮动抵押“结晶”之前，即使浮动抵押办理了登记，该抵押权也不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

6.4.3 质押

1. 质押概述

所谓质押，指债务人或者第三人将其动产或权利移交债权人占有，将该财产作为债的担保，当债务人不履行债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形时，债权人有权依法以该财产变价所得优先受偿。

质押权是一种担保物权，因此同样具备担保物权的特征，即从属性、不可分性、物上代位性。但与抵押权相比，有一定的区别：①质押的标的物可以是动产或者权利，但不能是不动产；抵押的标的物既可以是动产也可以是不动产。②质押权的设定必须移转质押物的占有；抵押权的设定不要求移转抵押物的占有。③由于抵押权设定不移转占有，因此，抵押人可以继续对抵押物占有、使用、收益；由于质押移转标的物的占有，因此，质押人虽然享有对标的物的所有权，但不能直接对质押物进行占有、使用、收益。

质押分为动产质押与权利质押。

2. 动产质押

动产质押是以动产作为标的物的质押。

1）动产质押的设定

设定动产质押，出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。根据《物权法》规定，质押合同是诺成合同，原则上自双方当事人意思表示一致时成立。质物占有的移转不是合同的生效要件。

质权自质物移交给质权人占有时设立。因此，只有出质人将出质的动产移交给债权人占有，债权人才能取得质权。出质人以间接占有的财产出质的，书面通知送达占有人时视为移交。

和抵押合同一样，质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。如果违反该规定，则约定的"流质条款"无效，但不影响质押合同其他部分的效力。

根据《物权法》的规定，出质人与质权人可以协议设立最高额质权。最高额质权除使用动产质押的有关规定外，参照最高额抵押权的规定。

2）动产质押的标的物

在动产上设定动产质押是对财产的处分行为，因此，要求出质人对财产有处分权。但出质人以其不具有所有权但合法占有的动产出质的，法律保护善意质权人的权利。善意质权人行使质权给动产所有人造成损失的，由出质人承担赔偿责任。

动产质权的效力及于质物的从物。但是从物未随同质物移交质权人占有的，质权的效力不及于从物。

3）动产质押的效力

动产质押设立后，在主债务清偿以前，质权人有权占有质物，并有权收取质物所生的孳息。质权人收取孳息，并非取得孳息所有权，而是将孳息作为质押标的。

质权人在质权存续期间，为担保自己的债务，经出质人同意，以其所有的质物为第三人设定质权的，应当在原质权所担保的债权范围内，超过的部分不具有优先受偿的效力。

3. 权利质押

权利质押是指以可转让的权利为标的物的质权。法律将权利质押与动产质押共同规定在质押中，仅就权利质押做了一些特殊规定，对于权利质押的一般问题，法律规定直接适用动产质押的有关规定。

根据《物权法》的规定，可以作为权利质押的客体有：①汇票、支票、本票；②债券、存款单；③仓单、存单；④可以转让的基金份额、股权；⑤可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；⑥应收账款；⑦法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

权利质押因为设定质押的权利标的的不同，其生效条件也是不同的。

1）有价证券的质押

以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立。没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记

时设立。以票据、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权人再转让或者质押的无效。如果汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债务或者提存。

2）可以转让的基金份额、股权的质押

以基金份额、股权出质的，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿或者提存。

3）知识产权的质押

依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权可以作为质押的客体。对于这类权利质押，应当注意以下几点：

（1）知识产权的内容既包括财产权，也包括人身权，但设定质押的知识产权仅限于可以转让的财产权。以知识产权中的人身权设定质押无效。

（2）设定质押后，未经质权人同意不得转让或者许可他人使用。未经许可转让或者许可他人使用，应当认定为无效。因此给质权人或者第三人造成损失的，由出质人承担民事责任。

（3）以知识产权设定质押，应当向有关管理部门办理出质登记，才能使得质权生效。

4）应收账款的质押

根据《物权法》的规定，以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权实际上就是应收账款的一种。

6.4.4 留置权

1. 留置权的概念和特征

留置权是指债权人按照合同的约定占有债务人的动产，债务人不按照合同约定的期限履行债务的，债权人有权留置该动产，并依照法律的规定将动产折价或者以拍卖、变卖后的价款优先受偿的权利。债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。这里的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

留置权作为一种担保物权，除具有担保物权的一般特征外，还具有如下特征：

（1）留置权为法定担保物权。留置权为一种担保物权，但其与一般担保物权不同，它不能由当事人自行约定，而只能依法律规定的条件直接发生。只要具备了法律规定的条件，留置权即当然发生，因而留置权为一种法定担保物权。

（2）留置权为发生二次效力的担保物权。留置权不同于其他担保物权之处，不仅在于其法定性，还在于其发生二次效力。留置权人于其债权未受清偿前得留置债务人的财产，以促使债务人履行义务。留置权人就其占有的留置物在债务人清偿债务前继续占有的权利，对于债务人等基于债权或物权的返还请求权，均得排除之，这是留置权的第一次效

力。债务人于履行期满超过一定期限后仍不履行债务时，留置权人得以依法处分留置物，以其变价优先受偿，这是留置权的第二次效力。其他担保物权并无二次效力，债务人于债务履行期满而未履行债务的，债权人即得以实现担保权，以担保物的变价优先受偿。

（3）留置权为动产担保物权和转移占有的担保物权。留置权的标的物限于动产，而不包括不动产和权利，因此，留置权属于动产担保物权。留置权的成立以留置权人占有留置物为条件，因此，留置权又为转移占有的担保物权。

2. 留置权的设定

留置权为法定担保物权，只能以法律的规定当然发生，而不能依当事人的约定产生，因此，在具备法律规定的条件时，债权人当然地取得留置权。一般认为，留置权的成立包括积极条件和消极条件。

积极条件包括：①须债权人占有一定的财产；②债权人占有的财产须为债务人的动产；③须债权人的债权和债务人的债务间有关联；④须债权已届清偿期。

消极条件包括：①当事人有不得留置的事先约定；②留置债务人的财产违反公共秩序或善良风俗；③留置财产与债权人所承担的义务相抵触；④当事人虽未在合同中明确约定不得留置标的物，但在债务人交付财产前或交付财产时，明确指示债权人于履行义务后应将标的物返还而不得留置。法律规定不得留置的，依照其规定。当事人约定不得留置的，按照其约定。

【例题6-7单选题】 根据担保法律制度的规定，下列情形中，甲享有留置权的是（　　）。

A. 甲为乙修理汽车，乙拒付修理费，待乙前来提车时，甲将该汽车扣留

B. 甲为了迫使丙偿还欠款，强行将丙的一辆汽车拉走

C. 甲为丁有偿保管某物，保管期满，丁取走保管物却未付保管费。于是，甲谎称丁取走的保管物有误，要求丁送回调换。待丁送回该物，甲即予以扣留，要求丁支付保管费

D. 甲为了确保对戊的一项未到期债权能够顺利实现，扣留戊交其保管的某物不还

【答案】 A

3. 留置权的效力

留置权人在占有留置物期间，除了留置物本身以外，留置权的效力还及于从物、孳息和代位物。根据《物权法》规定，留置的财产为可分物的，留置物的价值应相当于债务的金额。留置物为不可分物的，留置权人可以就其留置物的全部行使留置权。

留置权的效力分为以下两个层次：

1）留置标的物

债权人在其债权没有得到清偿时，有权留置债务人的财产，并给债务人确定一个履行期限。根据《物权法》的规定，该履行期间应当为2个月以上。自留置开始之时起，留置权人就享有收取留置物孳息的权利。

2）优先受偿

债务人超过规定的期限仍不履行其债务时，留置权人可依法以留置物折价或拍卖、变卖所得价款优先受偿。留置财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。

4. 留置权的实现

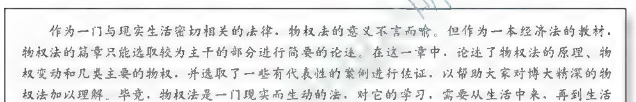
根据法律规定，留置权的实现应依据以下程序进行：

(1) 债权人行使留置权以后，债务人应当在不少于2个月的期限内履行债务。此期限称为履行债务的宽限期，它可以由双方自行约定，但不得少于2个月。

(2) 宽限期届满，债务人仍不履行债务的，债权人可以与债务人协议以留置物折价，也可以依法拍卖或者变卖留置物，以所得价款优先受偿。

留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担民事责任。留置权人有权收取留置财产的孳息。这里的孳息应当先冲抵收取孳息的费用。

本章小结



作为一门与现实生活密切相关的法律，物权法的意义不言而喻。但作为一本经济法的教材，物权法的篇章只能选取较为主干的部分进行简要的论述。在这一章中，论述了物权法的原理、物权变动和几类主要的物权，并选取了一些有代表性的案例进行佐证，以帮助大家对博大精深的物权法加以理解。毕竟，物权法是一门现实而生动的法，对它的学习，需要从生活中来，再到生活中去。



重要概念

物权(Property Right)、物权法(The Law of Property Right)、所有权(Ownership)、用益物权(Property Right for Use and Getting Interests)、担保物权(Property Right for Security)



案例分析

案情：甲、乙、丙、丁按份共有一辆汽车跑长途运输，四人各占1/4的份额。2015年2月1日，丁拟将自己1/4的份额作价10万元转让给戊。丁将该事项通知了甲、乙、丙，三人均表示反对，但无人主张同等条件下的优先购买权，于是丁将自己的份额转让给戊。

2015年3月1日，甲驾驶该汽车在运输途中不慎将路人王某的耕牛撞死，给王某造成2 000元的经济损失。王某要求乙赔偿其损失，遭到乙的拒绝。

2015年4月1日，甲提出将汽车卖给张某，乙、丙同意，戊反对。张某支付了50万元的货款后，甲、乙、丙于4月10日将该汽车交付给张某，但未办理登记过户手续。

2015年4月20日，甲、乙、丙、戊四人以该汽车作抵押，向不知情的叶某借款30万元。当事人与4月20日签订了抵押合同，并于4月25日办理了抵押登记。

根据上述内容，分别回答下列问题：

(1) 丁未经甲、乙、丙的同意，是否有权将自己1/4的份额转让给戊？并说明理由。

(2) 王某是否有权要求乙赔偿损失？并说明理由。

(3) 甲、乙、丙未经戊的同意，是否有权将该汽车卖给张某？在未经办理登记过户手续的情况下，张某是否已经取得了该汽车的所有权？并分别说明理由。

(4) 叶某的抵押权何时设立？如果甲、乙、丙、戊不能清偿叶某的债务，叶某在行使抵押权时，张

某能否以其所有权对抗叶某的抵押权？并分别说明理由。

分析与启示：(1)丁有权将自己1/4的份额转让给戊。根据规定，按份共有人有权自由处分自己的共有份额，无须经过其他共有人的同意。

(2) 王某有权要求乙赔偿自己的损失。根据规定，因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人享有连带债权、承担连带债务，但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外。

(3) 甲、乙、丙有权将该汽车卖给张某。根据规定，处分共有的不动产或者动产的，应当经占份额2/3以上的按份共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。在本题中，甲、乙、丙同意后，其份额超过了2/3，因此，甲、乙、丙有权将该汽车卖给张某。

张某已经取得了该汽车的所有权。根据规定，对于船舶、航空器和机动车等动产，其所有权的移转仍以交付为要件，而不以登记为要件。

(4) 叶某的抵押权自2015年4月20日设立。根据规定，以交通运输工具设定抵押，抵押权自抵押合同生效时设立。

张某不能以其所有权对抗叶某的抵押权。根据规定，船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

课后习题

一、简答题

1. 什么是所有权？
2. 物权法的基本原则有哪些？
3. 简述物权法定主义的内容。

二、不定项选择题

1. 甲向乙购买房屋一套，并已支付一半价款，剩余价款约定在过户登记手续办理完毕后2个工作日内付清。乙在办理房屋过户登记手续前反悔，要求解除合同。甲诉至法院，要求乙继续履行合同。根据物权法律制度的规定，下列表述中，正确的是(　　)。

A. 房屋产权未过户，合同尚未生效

B. 房屋产权未过户，合同尚未成立

C. 合同已经生效，但法院应当判决解除合同，乙赔偿甲的损失

D. 合同已经生效，乙应当继续履行合同

2. 根据《物权法》的规定，下列情形中，不发生标的物所有权转移的有(　　)。

A. 甲委托乙保管名贵字画一幅，已交付

B. 甲借给乙现金100元，已交付

C. 甲赠送乙手机一部，已交付

D. 甲将自己的汽车出租给乙，已交付

3. 根据物权法律制度的有关理论，下列选项中，属于民法意义上的孳息的有(　　)。

A. 母牛腹中的小牛

B. 苹果树上长着的苹果

C. 母鸡生的鸡蛋

D. 每月出租房屋获得的租金

4. 甲将一辆汽车以15万元卖给乙，乙付清全款，双方约定7日后交付该车并办理过户手续。丙知道此交易后，向甲表示愿以18万元购买，甲当即答应，向丙交付了汽车并办理了过户手续。乙起诉甲、丙，要求判令汽车归乙所有，并赔偿因不能及时使用汽车而发生的损失。关于该汽车的归属，根据《物权法》的规定，下列说法中，正确的是(　　)。

A. 归乙所有，甲、丙应赔偿乙的损失

B. 归丙所有，乙只能请求甲承担赔偿责任

C. 归丙所有，但甲、丙应赔偿乙的损失

D. 归丙所有，但丙应赔偿乙的损失

5. 下列选项中取得所有权是基于物权变动的公示原则的是(　　)。

A. 甲在垃圾堆拾取他人抛弃的旧物

B. 甲从市场上以正常价格买到一件赃物

C. 甲从乙处买的一台电脑

D. 甲误将乙的房子登记为自己的房子，后甲将此房转让给丙，甲、丙之间办理房屋过户手续，丙取得该房子的所有权

6. 根据《物权法》，下列关于相邻关系的说法正确的(　　)。

A. 相邻关系是相邻关系不动产所有人或使用人因行使不动产所有权或使用权而发生的权利义务关系

B. 相邻权人有权按照合同约定，利用他人的不动产，以提高自己的不动产的效益

C. 对处理相邻关系法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯

D. 不动产权利人利用相邻不动产给相邻人造成损害的，应当给予赔偿

7. 甲购买乙的一辆二手车，但双方没有办理过户手续，甲付款购车后，驾驶该车到某汽车空调配件经销部丙处，购买汽车空调配件并安装。安装好并付清款项后，甲驾车离开。途中，因空调泵线圈短路引起电源线起火造成火灾，该车被全部烧毁。经有关部门认定，丙作为汽车空调提供者对火灾负有间接责任。下列说法中正确的是(　　)。

A. 甲和乙之间的买卖合同未生效，因为双方没有办理车辆过户手续

B. 甲取得该车的所有权，因为动产所有权转让自交付时发生效力

C. 甲不能向丙请求损害赔偿，因为其不是该车的所有权人

D. 甲不可以向丙请求损害赔偿，因为该车转让没有登记，不得对抗第三人

8. 下列财产归属国家的是(　　)。

A. 遗失物　　B. 埋藏物

C. 漂流物　　D. 无线电频谱资源

9. 下列物权的设立不以登记为生效条件的是(　　)。

A. 我国某河口自然形成的三角洲

B. 赵某的房屋因符合合法拆迁而被拆除

C. 张某在自己的土地上为李某设定地役权

D. 孙某购买了一辆中华牌轿车

10. 动产物权一般以(　　)为证明。

A. 登记　　B. 合同　　C. 占有　　D. 公证

三、案例分析题

甲因经营生意的需要向乙借款2万元，两人约定2年后还本付息，并由甲将自己的电脑出资给乙作抵押。3天后乙让甲带电脑到乙的家中取款，甲到乙家后称电脑昨天被其表弟借走，过两天才能还，甲要求乙先将钱借给他，并表示如果到期不还，家中东西任凭乙处理，乙当即把2万元给了甲。后因甲生意亏损，又将其表弟还回来的电脑交给丙作质押并借现款5 000元，双方签订了质押合同。后乙知道此事，要求甲3日内将电脑交到乙家，否则立即还款，甲请乙宽限一段时间，马上就可以将2万元还清。乙仍然不答应，表示要将电脑折价抵偿。甲称电脑在丙处，如果丙同意，可由乙随意处理。但甲向丙索要时遭到拒绝。乙便以甲和丙为被告起诉至法院，要求将电脑折价，用以折抵甲剩余的欠款及利息。

问题：法院如何处理该案?

第7章 知识产权法

学习目标

通过本章学习，使学生了解知识产权的概念与特征，以及与商标、专利相关的概念；掌握商标权以及专利权的主客体以及权利人的权利义务，理解商标权以及专利权的保护制度。

课前案例

A厂研制出一种新型药剂，并向商标局申请注册商标名为"可欣"。由于企业经营不善，欲转让其商标，于是与B公司签订了商标转让合同。

问：该商标转让合同是否有效？

7.1 知识产权及其基本特点

7.1.1 知识产权概念与分类

1. 知识产权的概念

知识产权是由法律确定的，人们对于自己创造或拥有的智力成果所享有的各种独占权利的总称，包括人身权利和财产权利。

2. 知识产权的分类

传统的知识产权由两部分组成，一部分称为工业产权，包括以专利权、商标专用权为主要内容的与工业产业有关的权利。另一部分称为版权(也叫著作权)，包括人们对于自然科学、社会科学、文学、音乐、戏曲、绘画、雕塑、摄影、电影等方面的作品，以及因这些作品所演绎形成的新作品的相关权利。

7.1.2 知识产权基本特点

1. 无形性

知识产权以无形的智力成果为客体。智力成果是脑力劳动创造的无形财富。"无形"，是指知识产权客体不具有物质形态，不占有一定的空间，客观上无法被人们实际占有。这

使知识产权与有形财产所有权相比，更容易被他人侵犯。

2. 专有性

知识产权一经确认，便具有专有性，也称排他性、垄断性或独占性。其基本含义是：知识产权的权利主体依法享有独占使用智力成果的权利，他人不得侵犯。

知识产权的专用性具有绝对性和相对性两方面的特征。专有性的绝对性是指知识产权的客体相同时，权利主体一般是单一的一个。而专有性的相对性是指知识产权的利用受到法律的许多限制，其垄断性并不是绝对的。

3. 时间性

知识产权的保护不是目的，促进全人类的科技进步才是其立法的初衷。知识产权的时间性，是指知识产权的客体只在法律规定的期限内受法律保护，超出期限后，该智力成果进入公有领域，任何人可以无偿使用。

少数知识产权并不受时间限制，如商业秘密权、企业名称权、地理名称权、知名商品特有名称、包装、装潢权。

4. 地域性

知识产权在空间上的效力并不是无限的，而是具有严格的领土性和地域性。

知识产权的地域性，是指知识产权的法律效力原则上只及于特定国家和地区的地域范围。知识产权只能根据一定国家的法律产生，并且只能在其产生的地域范围内有效。

5. 双重性

知识产权的双重性，是指知识产权是人身权和财产权的统一。知识产权的人身权，又称精神权利，是指知识产权权利主体依法享有的与其特定人身不可分离而无直接财产内容的权利。人身权体现了权利人的名誉、声望等，其具有不可转让性、不可剥夺性和永久性。知识产权的财产权，又称为经济权利，是指知识产权中能给权利人直接带来经济利益的权利。其内容主要包括对智力成果的使用权、许可权 、转让权等。知识产权财产权具有可转让性。

7.1.3 知识产权法

知识产权法是调整因确认、保护、转让和使用知识产权而发生的各种社会关系的法律规范的总称。在我国已颁布的有关知识产权的法律法规主要有《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国商标法实施细则》《中华人民共和国专利法》《中华人民共和国专利法实施细则》等。同时具有法律效力的国际条约主要有：于1883年在巴黎签订的《保护工业产权巴黎公约》（中国于1985年加入），于1970年在华盛顿签订的《专利合作条约》（中国于1994年加入），于1891年在马德里签订的《商标国际注册马德里协定》（中国于1989年加入）等。

7.2 专 利 法

7.2.1 专利权的客体

1474年，威尼斯颁布了世界上第一部专利法。专利制度的出现就意味着平衡发明人的个人利益和社会公共利益。英国于1623年颁布的《专利法》被认为是现代专利制度的蓝本。在现代，专利有三种含义：一是指专利权的简称；二是指获得专利权的发明创造，即专利技术；三是指专利文献。

7.2.2 专利权的客体

1. 发明创造的种类

我国《专利法》中，将专利法保护的客体统称为发明创造，并明确规定，包括发明、实用新型和外观设计。

1）发明

(1) 发明的定义。发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的技术方案。

这一定义是我国《专利法实施细则》第2条的立法解释。各国专利法都无一例外地把发明作为专利保护的对象。

(2) 发明的特征。从发明的定义可以看出，专利法中的发明有其特定的技术和法律意义。其特征有以下几项：

第一，发明是自然科学领域中的技术方案。技术有广义和狭义之分。专利法中的发明只限定为狭义的技术，即自然科学领域中的技术。除此之外的其他技术，包括人文和社会科学领域中的所有技术均不能成为专利法保护的技术方案。

第二，发明是运用自然规律的结果。这一特征说明，发明是在人们已掌握的自然规律的基础上运用该规律所作出的一种技术方案，而不是指认识自然规律本身。这一特点把发明与发现区别开来。

知识要点提醒

发明与发现的区别是前者前所未有，后者前所未知。比如科学家发现油田，爱迪生发明电灯。

第三，发明应具备新颖性、创造性和实用性，这是构成专利法中发明的实质性条件。

(3) 发明的种类。第一，产品发明。产品发明是指发明人用所提供的解决特定问题的技术方案直接生产的新产品或者新物质。进一步细分则包括：①制造品的发明。如机器、设备、构件、装置、用具等的发明。②材料的发明(或称物质发明)。是指以任何方法，所取得的两种或两种以上元素的合成物或化合物。③关于物品新用途的发明。它是指在不改变物品原来结构的前提下，发现了该物品以前不为人我知的新用途。

第二，方法发明。方法发明是指制造产品或者解决某个技术问题而采用的操作方法和技术过程。如冶炼方法、制作方法、化学分析方法、种子消毒方法的发明。在不改变某种方法原有特征的前提下，发现了该办法以前不为人知的新用途也属于方法发明。



第三，改进发明。改进发明是指对已知的产品或方法做出的具有实质性革新的技术方案。改进发明与产品发明、方法发明的根本区别在于，这种改变是在保持已知对象独特性质的前提下取得的，改进的结果虽然不能创造新的产品或方法，但却使已知对象获得了新的特性。改进发明包括产品的改进发明和方法的改进发明。



案例分析

爱迪生发明了白炽灯，美国通用电器公司以充惰性气体的方法大大改善了白炽灯的质量和使用寿命，然而却并未产生新的产品，而只是使已知产品获得了新的特性。

2）实用新型

（1）实用新型的概念。专利法所称的实用新型是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。实用新型只实用于产品，而不实用于方法。

（2）实用新型的特征。第一，是利用自然规律所提出的技术方案；

第二，是针对产品提出的技术方案；

第三，是针对产品的形状、构造或其组合提出的技术方案。

知识要点提醒

实用新型强调有形性；气态、液态、粉末、颗粒状的实物不可以是实用新型。

第四，具有新颖性、创造性和实用性。

实用新型相比发明，其创造性要弱，但实用性强，因此又称小发明。

3）外观设计

（1）概念。专利法所称的外观设计是指对产品的形状、图案、色彩或者其结合所作出的富有美感并适于工业上应用的新设计。外观设计在技术上的改进最弱，其重点在于对于产品外形或者外观做出的改价，目的是满足人们对产品在精神上审美的要求。



阅读材料

法国于1711年最早建立了外观设计制度，但其目的主要是保护里昂盛产的丝绸的外观设计，该制度由里昂地方政府制定。1793年法国的著作权法把外观设计作为艺术作品以著作权的方式加以保护。但这种保护对工商界来讲是不够的，1806年法国颁布了较完整的独立的外观设计法。目前全世界约有120个国家和地区保护外观设计。

（2）外观设计的特征。

第一，外观设计必须以具有固定形状、可以整体移动的产品为载体。

第二，外观设计仅涉及产品外表的形状、图案、色彩，与产品内部结构无关。

第三，外观设计保护的是美术思想而非技术思想。

第四，外观设计必须能在工业上实用。

2. 授予专利权的条件

1）发明和实用新型的专利条件

（1）新颖性。新颖性是决定发明和实用新型能否获得专利的首要条件。只有对前所未有的新的发明创造成果给予专利保护，才切合专利法保护和促进发明创造的宗旨。

① 新颖性的定义。新颖性，是指在申请日以前没有同样的发明或者实用新型在国内外出版物上公开发表过、在国内公开使用过或者以其他方式为公众所知，也没有同样的发明或者实用新型由他人向专利局提出申请并且记载在申请日以后公布的专利申请文件中。

② 不丧失新颖性的公开。在有些情况下，发明或者实用新型的公开是为了服务于国家或者为了学术交流，也有可能是因为他人的过失导致，因此专利法对申请专利的发明创造在申请日前6个月内，不丧失新颖性的三种情况作了规定。

a. 首次展开：指在中国政府主办或者承认的国际展览会上第一次展出的发明创造。在这种情况下提出申请时，申请人应当声明，并自申请日起2个月内提交组织单位出具的有关该发明创造已经展出及展出日期的证明文件。

b. 首次发表：指在规定的学术会议或者技术会议(包括技术鉴定会议)上第一次发表的发明创造。

学术会议指学术会议或国际学术会议。技术会议包括鉴定会议是指国务院部委直接组织和主持的技术会议。申请人自申请日起2个月内提交证明文件。

c. 他人未经申请人同意而泄露其内容的情况是指发生非法滥用权力和剽窃他人发明创造的行为。例如，某人未经所在单位或者共同完成单位的许可，将职务发明创造或者共同完成的发明创造公开。发生这些情况时，只要实际权利人在公开的6个月内提出申请，并提供证据。

【例题7-1多选题】 工程师王某利用业余时间刻苦钻研，利用其堂弟在美国给他提供的资金和有关资料，发明了一种高效节能电池，并向国家专利局申请发明专利。但专利局审查发现，工程师王某在申请日前6个月内有下列情形，故认为其发明已丧失了新颖性，不能授予发明专利。下列哪些情形导致其发明丧失了新颖性？(　　)

A. 在中国政府主办的一次国际展览会上首次展出过

B. 在一次重要的学术会议上首次发表过

C. 经王某同意其堂弟在美国政府主办的一次国际展览会上展出过

D. 王某在首次发表其发明的学术会议后，又将其发明发表在国家公开发行的学术刊物上

【答案】 CD

(2) 创造性。创造性是指同申请日以前的现有技术相比，该发明有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型具有实质性特点和进步。

新颖性解决技术方案的新与旧的问题，创造性解决技术方案水平高与低的问题，都是授予专利权的必备条件。

(3) 实用性。所谓实用性是指发明或指实用新型能够制造或者使用，并且能够产生积极效果。

发明与实用新型是否具有实用性，主要从以下方面进行衡量：

第一，可实施性。发明或者实用新型必须能够在产业上进行制造或者使用。这里的所谓“产业”，包括了工业、农业、畜牧业、渔业、交通运输业、采矿业等各个方面以及部分服务业领域。

仅仅提出任务，或者停留在单纯的幻想或构思阶段，未提出具体的技术解决方案，就不具有可实施性。

第二，再现性。发明或实用新型必须具有在规定条件下多次实施的可能性。如果是一种产品，应当可以重复制造出来，如果是一种方法，则应当可以反复使用。

2. 外观设计的专利条件

外观设计的专利条件与发明和实用新型的专利条件有所区别，外观设计授予专利的条件包括以下四个方面：

（1）新颖性。新颖性是授予外观设计以专利权的主要实质条件。所谓外观设计的新颖性，是指授予专利的外观设计，应当不属于现有设计；也没有任何单位或者个人就同样的外观设计在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公告的专利文件中。现有设计，是指申请日以前在国内外为公众所知的设计。

（2）创造性。创造性是指外观设计应当与申请日（或优先权日）以前在国内外出版物上公开发表或者在国内公开使用过的外观设计不相近似。创造性要求申请专利的外观设计与现有的设计不仅不“相同”，也不得“相近似”。

（3）合法性。合法性是指授予专利权的外观设计不得与他人在申请日以前已经取得的合法权利相冲突。根据最高法院的解释，在先取得的合法权利是指商标权、著作权、企业名称权、肖像权、知名商品特有的包装或者装潢使用权等。

（4）适于工业应用。适于工业应用是指外观设计本身以及作为其载体的产品应能够以工业（包括手工业）的方法多次重复再现，大批量的生产和销售，并且不违反法律，不妨害社会公德，不侵犯他人的合法权益。

3. 不予专利保护的项目

（1）科学发现。由于科学发现本身不是专利法意义上的发明，因此法律不授予其专利。一般各国对重大的科学发现有奖励制度，发现人对有关科学发现的作品享有著作权。

（2）智力活动的规则和方法。智力活动的规则和方法，是指导人类思维活动的规则和方法，并不直接作用于人周围的环境，而是通过人的思维活动和具体行为间接发挥作用。但是，一旦和特定的产品结合就可以申请专利了。

（3）疾病的诊断和治疗方法。疾病包括人和动物的疾病，因此诊断和治疗疾病的方法是以人和动物为对象的，没有完整的重复性，要个案处理，不属于专利意义上的发明创造。另外，疾病的诊断和治疗等医疗活动直接涉及人类的健康，应及时推广普及，故不授予专利。但诊断治疗的仪器、工具、器械医疗设备，与普通产品一样可获得专利。目前世界上有40多个国家的专利法明确把疾病的诊断和治疗方法排除在专利保护范围之外。

（4）违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造。

（5）动物和植物品种。我国《专利法》明确规定对动物和植物品种不授予专利权。但是，生产动植物品种的方法仍可以受到专利法的保护。然而近年来，随着生物技术的发展，认为制造的动植物品种开始出现，因此，有要求给予动植物品种以专利的呼声。

（6）用原子核变换方法获得的物质。用原子核变换方法获得的物质，是指由核裂变或核聚变的方法制造的元素或化合物。

除美国、日本以外的所有其他国家，都规定用原子核变换方法获得的物质不授予专利权。必须注意，不仅用原子核变换方法获得的物质不能被授予专利权，就是原子核变换方法本身，也不能受到专利保护。

（7）对平面印刷品的图案、色彩或者二者的结合作出的主要起标识作用的设计。

（8）对违反法律、行政法规的规定获取或者利用遗传资源，并依赖该遗传资源完成的

发明创造，不予授予专利。

【例题 7-2 单选题】

根据专利法的规定，不能授予专利权的有(　　)。

A. 科学定律　　B. 味精　　C. 中成药　　D. 饮料

【答案】 A

7.2.3 专利权主体

1. 发明人、设计人

1) 定义

发明人或设计人是指对发明创造的实质性特点作出了创造性贡献的人。“创造性贡献”是强调的重点。如果在发明创造中只是进行一些辅助性的工作，如仅负责组织领导工作的人，仅为物质条件的利用提供方便或者从事其他辅助工作的人，不是发明人或者设计人。

2) 共同发明人或设计人

共同发明人或设计人，是指对发明创造的实质性特点均作出了创造性的两个或两个以上的人。

两个以上单位或者个人合作完成的发明创造，如果双方有协议，从其约定；如果无协议，申请专利的权利属于完成或者共同完成的单位或者个人；申请被批准后，申请的单位或者个人为专利权人。

2. 单位

在职务发明创造的情况下，发明人或设计人作出的发明创造的专利申请权属于所在的单位。

1) 职务发明创造的定义

职务发明创造，是指发明人或设计人执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质条件所完成的发明创造。

2) “执行本单位任务”的立法解释

我国《专利法实施细则》第10条规定，具备下列情形之一的，视为执行本单位的任务：

(1) 在本职工作中作出的发明创造。

(2) 履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造。这主要是指根据单位的要求，工作人员所承担的短期或临时的职务所作出的发明创造。

(3) 退职、退休或者调动工作后一年内作出的，与其原单位承担的本职工作或者分配的任务有关的发明创造。

3) “主要利用本单位的物质条件”的立法解释

根据《专利法实施细则》第10条第2款规定，应解释为主要利用了“本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料”。对“主要利用”的理解应注意从质和量上把握。

4) 权利归属

对于职务发明创造，申请专利的权利归于该单位，申请被批准后，该单位为专利权

人。利用本单位物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的专利和专利权的归属作出约定的，从其约定。

5）发明人和设计人的权利

如果单位获得专利权，发明人和设计人享有三项法律规定的权利：一是署名权，即有权在专利文件中写明自己是发明人或者设计人；二是奖励权，即要求单位给予奖励的权利；三是报酬权，即在发明专利实施后，根据其推广应用的范围和取得的经济效益，可获得合理的报酬。

3. 协作或委托发明创造专利申请权的确定

协作或委托发明创造专利申请权的确定按以下原则处理：

一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托所完成的发明创造，如果合同没有约定或约定不明确的，专利申请权属于完成或共同完成的单位或个人；申请被批准后，申请的单位或者个人为专利权人。

4. 外国人

外国公民、法人或其他单位在我国申请专利的，按照以下原则办理：

（1）双边协议。

（2）国际条约。如《巴黎公约》《专利合作条约》等。

（3）互惠原则。

【例题 7-3 多选题】 在中国没有经常居所或者营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利的，委托下列哪些机构办理的做法是不符合法律规定的？（　　）

A. 其本国专利代理机构

B. 依法设立的专利代理机构

C. 中国国务院指定的专利代理机构

D. 中国国务院专利行政部门指定的律师事务所

【答案】 ACD

7.2.4 专利权取得程序

专利申请权人的专利申请被审查核准后，专利权归该主体所有。申请人为国有单位的，专利权归该单位持有。专利权所有人和专利权持有人统称为专利权人。

1. 单一性原则

也称“一发明一申请原则”，是指一份专利申请文件只能就一项发明创造提出专利申请。

【例题 7-4 多选题】 A公司从一家跨国公司购进一套生产速溶饮料的技术资料，遂与某科技大学签订技术合同，约定由A公司提供技术开发所需科研经费，付酬10万元，并派3人协助参与开发工作，主要是整理资料、购买器材等，但对开发出的成果如何申请专利，合同未约定。科技大学由食品工程系李教授与化学实验室研究员负责开发工作，最后成功开发出速溶饮料新产品的生产方法。下列表述正确的有（　　）。

A. 如果申请专利，申请权属于A公司

B. 如果申请专利，申请权属于某科技大学

C. 如果申请专利，申请权属于A公司与某科技大学

D. 如果申请专利，对于速溶饮料新产品与生产该产品的方法可以作为一件申请提出

【答案】 BD

2. 抵触申请专利权主体的确定

抵触申请是指两个或两个以上的人对相同的发明创造分别向同一国家提出的专利申请。对此，世界上有两种不同的规定：

（1）发明在先原则。即专利权授予最先作出发明创造的人。美国和菲律宾实行该原则。

（2）申请在先原则。即专利权授予最先申请专利的人。中国和其他绝大多数国家实行该原则。

我国《专利法》第9条第2款明确规定："两个以上的申请人分别就相同的发明创造申请专利的，专利权授予最先申请的人。"

3. 优先权

按照《保护工业产权巴黎公约》的规定，优先权是指在申请专利方面，各缔约国要相互承认对方国家国民的优先权，即专利申请人就同一发明或者实用新型在外国第一次提出专利申请之日起12个月内，或者就同一外观设计在外国第一次提出专利申请之日起6个月内，又在中国提出专利申请的，依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照相互承认优先权的原则，可以享有优先权，即以其在外国第一次提出专利申请之日(优先权日)为申请日。

【例题7-5多选题】 某跨国公司欲在中国申请一项实用新型，就有关专利申请优先权问题向王律师咨询，下列意见正确的是(　　)。

A. 申请人自发明在外国第一次提出专利申请之日起12个月内，又在我国就相同主题提出专利申请的，可以享有优先权

B. 申请人自实用新型、外观专利在外国第一次提出专利申请之日起12个月内，又在我国就相同主题提出专利申请的，可以享有优先权

C. 外观设计没有国内优先权

D. 该跨国公司若要求外国优先权，须该外国与中国有双边协议或者共同参加的国际条约，或者按互惠原则处理

【答案】 ACD

4. 申请日的确定

直接递交的申请，以国家知识产权局收到专利申请之日为申请日；邮寄申请的，以寄出的邮戳日为申请日；享有优先权的，以优先权日为申请日。

【例题7-6单选题】 2015年8月12日，专利局收到了甲厂递交的一项关于机械生产技术的发明专利申请，8月16日专利局收到乙厂就与甲厂同样内容的技术提出的发明专利申请，乙厂的申请是邮寄的，投递邮戳为8月12日，该项专利应授予(　　)。

A. 最先发明该项技术者

B. 最先使用该项技术者

C. 先申请该技术者，即甲厂

D. 由两厂协商确定申请人

【答案】 D

7.2.5 专利权人的权利与义务

1. 专利权人的权利

1）独占实施权

这是专利权的核心，是专利权人享有其他权利的基础，其他各项权利基本上都是从这项权利派生出来的。发明和实用新型被授予专利后，除非法律另有规定，任何单位和个人未经专利权人的许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、销售、进口专利产品的权利。外观设计专利其独占实施权的内容是指专利权人依法垄断享有制造、销售、进口其专利产品的权利。

2）许可权

许可权是指专利权人允许其他单位或个人实施其专利权的权利。这也是专利权人的独占性派生出来的一项重要的权利。任何单位或者个人实施他人专利的，应当与专利权人订立实施许可合同，向专利权人支付专利使用费，并且被许可人无权许可合同规定以外的任何单位或者个人实施该专利。在许可方式上，目前主要有独占许可、排他许可和普通许可三种形式。

3）转让权

专利权人的转让权是指专利权人作为转让方通过订立书面合同，将专利所有权或持有权转让给他人，包括专利申请权和专利权的转让。专利权人转让专利权的，需要求签订书面合同，并向专利行政部门登记，由专利行政部门予以公告。专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效。中国单位或者个人向外国人转让专利申请权或者在专利权的，必须经国务院有关主管部门批转。专利权的转让既可是有偿的，也可以是无偿的。

4）标记权

标记权是指专利权人在其专利产品或该项产品的包装上标明专利标记和专利号的权利。在授予专利权之后的专利权有效期限内，专利权人或者经专利权人同意享有专利号、专利标记标注权的专利实施许可合同的被许可人可以在其专利产品、依照专利方法直接获得的产品或者该产品的包装上标注专利标记和专利号。

2. 专利权人的义务

1）缴纳专利年费

专利年费是为维护专利权而需要的必要费用。专利权人应自被授予专利权的当年开始缴纳年费，否则将导致专利权终止。

2）被指定实施许可的义务

《专利法》规定，国有企业事业单位的发明专利，对国家利益或者公共利益具有重大意义的，国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府报经国务院批准，可以决定在批准的范围内推广应用，允许指定的单位实施，由实施单位按照国家规定向专利权人支付使用费。

集体所有制单位和个人的发明专利，对国家利益或者公共利益具有重大意义，需要推广应用的，参照该规定办理。

7.2.6 专利侵权行为

1. 专利侵权行为的种类

专利侵权行为的类型主要有：

1）实施他人专利的行为

发明和实用新型被授予专利以后，除专利法另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。外观设计专利权被授予以后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。

2）假冒专利

下列行为属于假冒他人专利的行为：①在未被授予专利权的产品、产品包装上标注他人的专利号，专利权被宣告无效后，继续在其产品或者包装上标专利标记，或者未经许可在产品或者产品包装上标注他人的专利号；②销售第①项所列产品；③在产品说明书、广告或者其他宣传材料中将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计，或者未经许可使用他人的专利号，使人将所涉及的技术或者设计误认为是他人的专利技术或者专利设计；④伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件。

2. 不视为侵权的实施行为

这些法定的不视为侵犯专利权的情况，主要有以下几种：

（1）专利权用尽原则。也称专利权穷竭原则或专利权穷尽原则，是指专利权人制造或者经专利权人许可制造的专利产品售出后，使用或者销售该产品，不视为侵犯专利权。这是一项重要的权利限制，其主要含义是：专利产品一旦进入商品流通领域，它们便不再受专利权人的控制。专利权人在制造或许可别人制造有关产品时，一次便用完了自己享有的独占权。

（2）根据先用权原则，在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经做好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的。

根据人们对专利法的普遍认识，取得先用权是有严格条件的，其制造或者使用的行为不符合这些条件的任何一项，都不具有先用权。这些条件是：

① 制造或者使用的行为发生在他人取得专利权的专利申请日以前。

② 制造或者使用的技术是先用权人自己独立完成的，而不是抄袭、窃取专利权人的，先用权人往往不知道他人已申请了专利。

③ 先用权人在专利权人申请专利之日以前，至少已经做好了制造或者使用的必要准备。

④ 制造或使用行为没有破坏专利技术的新颖性。

⑤ 先用权的制造或使用行为，只限于原有的范围和规模之内，即制造目的、使用范围、产品数量都不得超出原有的范围。

⑥ 先用权人对该发明创造只能是自己实施，不得任意转让。除非随着先用权所属企业一起转让。先用权也不能成为抵押、投资、入股联营的对象。



应用实例

甲厂于2013年7月18日向中国专利局申请了一种“新型防震帐篷”实用新型专利，2014年7月30日被授予专利权。乙厂在甲厂专利申请日前也独立研制出相同的产品，并于2013年5月5日领取了工商营业执照，做好了制造该产品的必要准备。该厂经过试产，从2014年开始扩大原生产能力，使生产该产品的规模超过了甲厂申请专利之前的规模。甲厂得知后，于2015年9月向法院起诉，指控乙厂侵犯了其专利权，要求停止侵权并赔偿损失。

法院经审理认为，乙厂对该专利产品享有先用权，依法可以在其原生产能力范围内生产。但其于2014年后扩大了生产规模，这种超出原有范围的生产行为构成对原告专利的侵权，被告应就此部分承担侵权责任。

（3）在临时过境的交通工具上使用专利的行为。这一规定是针对外国的交通工具，包括陆、海、空运输工具，临时通过我国领土、领水、领空，在其交通工具上使用我国有关专利的情况制定的。

临时通过中国领陆、领水、领空的外国运输工具，依照其所属国与中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，为运输工具自身需要而在其装置和设备上使用有关专利的。理论上称之为“临时过境”。临时过境实际上侵害了对方的专利权益，但是基于互惠的原则，各国互相不追究而已。

（4）非生产经营目的的使用，专为科研究和实验而使用有关专利的。我国《专利法》规定“专为科学研究和实验而使用有关专利的”不视为侵犯专利权。为了科学研究和实验的目的使用有关专利，它不是以营利为目的，而是为了促进科学的进步。科学实验使用他人专利，必须以之为研究对象。

所以，这里的“使用”，只能理解为制造与使用专利产品，不应理解为销售专利产品，制造与使用两种行为可以是专为科研、教学的目的而进行，但销售就与商业目的分不开了。

（5）药品、医疗器械专利的合理使用。我国《专利法》规定，为提供行政审批所需要的信息，制造、使用、进口专利药品或者专利器械的，以及专门为其制造、进口专利药品或者专利器械的，不视为侵犯专利权。

3. 强制许可

除上述五种情形以外，以专利局批准取得专利实施的强制许可以及经政府有关主管部门按照国家计划授权实施专利的，都不视为侵犯专利权。

我国《专利法》规定了三种形式的强制许可：

（1）防止专利权滥用的强制许可。具备实施条件的单位以合理的条件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利，而未能在合理长的时间内获得这种许可，国务院专利行政部门根据该单位的申请，可以给予实施该发明或者实用新型专利的强制许可。

（2）为公共利益目的的强制许可。在国家出现紧急状态或者非常情况下，或者为了公共利益的目的，国务院专利行政部门可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。

（3）交叉强制许可。一项取得专利权的发明或者实用新型比之前已经取得专利权的发明或者实用新型具有显著经济意义的重大技术进步，其实施又有赖于前一发明或者实用新

型的实施的，国务院专利行政部门根据后一专利权人的申请，可以给予实施前一发明或者实用新型强制许可。在依照规定给予强制许可的情形下，国务院专利行政部门根据前一专利权人的申请，可以给予实施后一发明或者实用新型强制许可。

取得强制许可的单位或者个人不得享有独占实施权，并且无权许可他人实施，并且应当向专利权人支付合理的使用费。

【例题7-7多选题】 某专利权人公民甲自2012年1月10日取得发明专利后，由于种种原因，于2015年1月10日还没有实施其专利进行生产。专利局根据具备实施条件的单位乙的申请，给予了实施公民甲专利的强制许可，公民甲可以采取下列哪些正确的方式保护其合法权益？（　　）

A. 要求专利局返还其已缴纳的年费

B. 要求实施其专利的单位乙支付合理的使用费

C. 如果实施其专利的单位乙不支付其所要求的费用，可请求专利局裁决

D. 如果对专利局关于实施强制许可的使用费的裁决不服，可在收到通知之日起3个月内向人民法院起诉

【答案】 BCD

7.3 商　标　法

7.3.1 商标概述

《中华人民共和国商标法》是我国改革开放后颁布的第一部知识产权专门法律，自1982年制定以来，先后于1993年、2001年和2013年进行了三次修改，这充分体现了我国对商标工作的高度重视。2013年8月30日，第十二届全国人大常委会第四次会议审议通过的《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》，并于2014年5月1日起正式施行。

1. 商标的概念

商标是指经营者在商品或服务项目上使用的，将自己经营的商品或提供的服务与其他经营者经营的商品或提供的服务区别开来的一种标志。

2. 商标的分类

按照不同标准，我们可以将商标分为不同种类。

1）按商标的构成分类

（1）平面商标。平面商标是由文字、图形、字母、数字、颜色和声音的组合，以及上述要素组合而成的商标。

新商标法第8条对商标的定义，新增了一个商标构成的要素——声音，相应地增加了中国国歌、军歌不得注册的规定(第10条)。

（2）立体商标。立体商标是由三维标志构成的商标。

2）按商标的作用分类

（1）联合商标。联合商标是指商标权人在同种或类似商品上注册若干个相近似的商标。

（2）防御商标。防御商标是指商标权人在不同商品或服务上注册相同商标。

3）按商标的使用对象分类

（1）商品商标。商品商标是指用在商品或其外包装上的商标。

（2）服务商标。服务商标是指用在服务行业的商标。服务商标的使用和法律保护均晚于商品商标。我国从1993年7月1日起开始受理服务商标注册申请。

（3）集体商标。集体商标是指以团体、协会或者其他组织名义注册，供该组织成员在商事活动中使用，以表明其身份的标志。

（4）证明商标。证明商标是指由某种商品或服务具有监督能力的组织所控制，而由该组织以外的单位或个人用于其商品或服务，用以证明商品或服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。

4）按商标是否经过注册手续分类

（1）注册商标。注册商标是指经过商标注册管理机关依法核准注册的商标。

（2）未注册商标。未注册商标是指未履行商标注册手续而直接使用的商标。

尽管法律允许使用未注册商标，但未注册商标不享有专用权，未注册商标的使用，一旦与他人注册商标构成混同，即可能构成侵权。

【例题7-8多选题】 下列关于注册商标与非注册商标的区别讲述正确的是（　　）

A. 注册商标不得违反商标法禁用条款；非注册商标的所有人可以有例外

B. 注册商标的所有人享有商标专用权；非注册商标的所有人则不享有商标专用权

C. 注册商标可以是服务商标；非注册商标只能是商品商标

D. 注册商标可以由企业、事业单位和个体工商业者使用；非注册商标只能由生产者批量生产时使用

【答案】 AB

3. 商标权的客体

商标权的客体，即商标。作为商标法所规定的商标权客体必须符合法律规定，否则不予注册。

（1）我国商标法规定，申请注册的商标必须具备以下条件：

① 商标使用的文字、图形或其结合，应有显著特征以便于识别。

② 商标使用的文字或图形不得违反法律规定的禁用条款。

知识要点提醒

新法第11条第（三）项增加了“其他”缺乏显著性标志不得注册的要求，使通用名称和叙述性标志成为缺乏显著性的特例，逻辑更加严谨。同时，对于“注册商标成为其核定使用的商品的通用名称”的情形，新法允许任何单位或者个人申请撤销（第49条）。此外，新法还规定注册商标专用权人无权禁止他人正当使用注册商标中的非显著部分（第59条）。

（2）商标禁止使用的文字、图形包括：

① 同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的，以及同中央国家机关所在地特定地点的名称或者标志性建筑物的名称、图形相同的。像中南海、天安门、大会堂，将来续展登记可能不再允许。

② 同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗相同或者近似的，但该国政府同意的除外。

③ 同政府间国际组织的旗帜、徽记、名称相同或者近似的，但经该组织同意或者不

易误导公众的除外。

④ 与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或者近似的，但经授权的除外。

⑤ 同“红十字”“红新月”的名称、标志相同或者近似的。

⑥ 带有民族歧视性的。

⑦ 夸大宣传并带有欺骗性的。

⑧ 有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。

县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标。但是地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分的除外，已经注册使用的地名商标继续有效。



地名不可以作为商标的例外：①已经注册的；②作为集体商标、证明商标组成部分的。

(3) 不得作为商标注册的标志(但可以使用)：

① 仅有本商品的通用名称、图形、型号的。

② 仅仅直接表示商品的质量，主要原料、功能、用途、重量、数量及他特点的。

③ 缺乏显著特征的。

上述所列标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。

【例题7-9多选题】 甲电脑公司委托乙商标事务所代理下列商标注册申请事宜，其中不符合我国商标法规定的商标有(　　)。

A. “大韩国”　　B. “大华”　　C. “雪花”　　D. “黑鬼”

【答案】 AD

7.3.2 注册商标的取得

1. 自愿注册与强制注册相结合的原则

一般的市场主体在使用某商标时，要不要注册商标，法律没有作出限制。不注册商标，国家也不干预，但没有注册的商标不受法律保护。但是对于涉及人们健康的极少数商品，实行强制注册，包括烟草制品和人用药品。

2. 申请在先原则

申请在先原则，又称注册在先原则，指两个或两个以上的申请人，在同一或者类似的商品上以相同或近似的商标申请注册时，商标权授予申请在先的商标申请人，申请在先的申请人获得商标权，在后的商标注册申请予以驳回。

如果两个或两个以上的申请人是在同一天申请的，初步审定并公告使用在先的商标。

如果两个或两个以上的申请人是在同一天申请的，且都没有使用的或者都不能证明谁使用在先的话，采用抽签的方式决定商标权的归属。

3. 商标注册申请允许“一标多类”和数据电文方式提交

新商标法第22条第2款规定“商标注册申请人可以通过一份申请就多个类别的商品申请注册同一商标”，即指同一商标图样可以在一个商标注册证上申请指定多个类别，且只收取一件申请费用的申请模式；第22条第3款规定“商标注册申请等有关文件，可以

以书面方式或者数据电文方式提出”，即允许申请人通过互联网以电子方式向商标主管部门直接提交申请。

4. 优先权原则

优先权原则是《保护工业产权巴黎公约》规定的原则之一。我国《商标法》规定：商标注册申请人自其商标在外国第一次提出商标注册申请之日起6个月内，又在中国就相同商品以同一商标提出商标注册申请的，依照外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者按照相互承认优先权的原则，可以享有优先权。

7.3.3 商标权人的权利与义务

1. 商标权人的权利

1）商标专用权

商标专用权即权利人对其注册商标专有使用的权利。它是商标权的核心。商标权人可在核定的商品上独占性地使用核准的商标。

2）禁止权

禁止权是指商标权人有权禁止他人未经许可使用其注册商标。

商标权人有权禁止他人在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标。

3）许可权

许可权是指商标权人可以通过签订商标使用许可合同许可他人使用其注册商标的权利。

4）转让权

商标转让权是指商标权人依法享有的将其注册商标依法定程序和条件，转让给他人的权利。

5）标记权

商标注册人使用注册商标，有权标明“注册商标”字样或者注册标记。在商品上不便标明的，可以在商品包装或者说明书以及其他附着物上标明。

2. 商标权人的义务

（1）依法使用注册商标的义务。注册商标必须使用，连续3年停止使用，可撤销其注册商标。使用注册商标不得自行改变文字、图形或其组合，不得私自转让或租借。

（2）保证商品质量的义务。

（3）标明“注册商标”字样，在商品上不便标明的，应当在商品包装物或者说明书以及其他附着物上标明。

（4）缴纳各项费用的义务。

7.3.4 驰名商标的特殊保护

1. 驰名商标的概念

驰名商标是指在市场上享有较高声誉、并为相关公众所熟所的商标。在我国，驰名商

标只能是注册商标，未经注册的商标不能认定为驰名商标。

2. 特殊保护措施

《商标法》对驰名商标进行特殊保护，主要采取以下措施：

（1）就相同、类似商品申请注册的商标是复制、模仿、翻译他人未在中国注册的驰名商标，易导致混淆的，不予注册，并禁止使用。

（2）就不相同、不相类似商品申请注册的商标是复制、模仿、翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册，并禁止使用。

（3）将与他人驰名商标相同或者近似的商标在非类似商品上申请注册，且可能损害驰名商标注册人的权益，商标局驳回其注册申请；已经注册的，从注册之日起5年内，驰名商标注册人可以请求商标评审委员会撤销；恶意注册的不受时间限制。

（4）驰名商标所有人认为将其驰名商标作为企业名称登记，可能欺骗公众并对公众造成误解的，可向企业名称登记主管机关申请撤销该企业名称登记。

（5）为商业目的，将他人驰名商标注册为域名，应认定为商标侵权。


知识要点提醒

细化驰名商标认定条件。新法从权利人的角度规定了申请认定驰名商标的条件，即“为相关公众所熟知的商标，持有人认为其权利受到侵害时，可以依照本法规定请求驰名商标保护”（第13条）。新法明确了商标局、商评委及法院认定驰名商标的具体程序，特别强调“驰名商标应当根据当事人的请求，作为处理涉及商标案件需要认定的事实进行认定”（第14条）。新法还规定生产、经营者不得将“驰名商标”字样用于商品、商品包装或者容器上，或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中（第14条），违反者处10万元罚款（第53条）。

7.3.5 申请商标注册的程序

1. 提交申请

我国商标法对于商标权的主体未作出限制，即任何法人、自然人、其他组织均可成为商标权的主体。

商标注册的国内申请人可以自己直接到商标局办理注册申请手续，也可以委托商标代理组织办理。外国人或者外国企业在我国申请注册商标和办理其他商标事宜的，应当委托国家工商行政管理总局认可的商标代理组织代理。

2. 审查和核准

1）形式审查

形式审查是对商标注册申请的书件、手续是否符合法律规定的审查。通过形式审查决定商标注册申请能否受理。

2）实质审查

实质审查是对商标是否具备注册条件的审查。实质审查主要包括以下内容：不得作为商标的标志的审查；商标显著特征的审查；商标相同、近似的审查等。凡是经过实质审查，认为申请注册的商标符合商标法有关规定并且有显著性的，予以初步审定，并予以公

告。对驳回申请、不予公告的商标，商标局应当书面通知商标注册申请人。商标注册申请人不服的，可以自收到通知之日起15日内向商标评审委员会申请复审，由商标评审委员会作出决定，并书面通知申请人。当事人对商标评审委员会的决定不服的，可以自收到通知之日起30内向人民法院起诉。

3）核准注册

经过初步审定公告的商标，如在3个月内无人提出异议，或异议不成立，即予以核准注册并注册在《商标注册簿》上，发给商标注册申请人商标注册证并予以公告。

7.3.6 注册商标的期限和续展

1. 注册商标的期限

注册商标专用权具有时间性。《商标法》规定，注册商标有效期为10年，从商标核准之日起计算。

2. 注册商标的续展

新法将商标续展申请由注册有效期满前半年，延长至提前一年；宽展期满仍未提出申请的，注销其注册商标。每次续展注册的有效期为10年。续展不受次数限制。

7.3.7 注册商标专用权的保护

1. 商标侵权行为的表现形式

（1）未经注册商标所有人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标。

（2）销售侵犯他人注册商标专用权商品的。销售的商品是侵权行为，事实本身就是侵权的证据，商标权人不需要再证明对方有主观过错。如果销售人确实是不知道所销售的商品是侵犯注册商标专用权，必须要证明该商品是自己合法取得并说明提供者，方可免责。

（3）伪造、擅自制造他人注册商标标识和销售伪造、擅自制造的注册商标标识。“伪造”是指没有合法取得印制商标资格的单位和个人，未经注册商标合法使用人委托，非法制造他人注册商标标识的行为；“擅自制造”是指取得商标印制资格的经营者，未经注册商标合法使用人委托或超出委托权限，非法制造他人注册商标标识的行为。

（4）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的行为。例如，北京服装二厂枫叶西裤，被新加坡鳄鱼买来，撕下枫叶商标，贴上鳄鱼商标，因为此行为经新加坡鳄鱼同意，所以不构成反向假冒。

知识要点提醒

自己的商品贴别人的商标叫正向假冒，自己的商标贴别人的商品叫反向假冒。

（5）给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为。

① 在同种或类似商品上，将与他人注册商标相同或近似的文字、图形作为商品名称或商品装潢使用，并足以造成误认的。

② 故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件。

③ 将与他人注册商标相同或者近似的文字作为企业的字号或在相同或类似的商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的。

④ 将与他人注册商标相同或者近似的文字注册为域名，并通过该域名进行有关商品交易的电子商务活动，容易使相关公众产生误认的。

⑤ 复制、模仿或者翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不相类似的商品上作为商标使用的，误导公众，致使该驰名商标的注册人的利益可能受到损害的。

2. 商标侵权行为的处理

在注册商标专用权受到侵犯时，被侵权人可以向侵权人所在地或侵权行为发生地县级以上工商行政管理机关或人民法院请求保护，依法处理商标侵权行为。

1）行政处罚

有关工商行政管路部门有权责令侵权人立即停止侵权行为，赔偿被侵权人的损失，赔偿数额为侵权人在侵权期间所获得的利润或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失。侵犯商标专用权，未构成犯罪的，工商行政管理部门可以处以罚款。

2）民事处罚

新《商标法》引入了惩罚性赔偿制度，规定对恶意侵犯商标专用权、情节严重的，可以在权利人因侵权受到的损失、侵权人因侵权获得的利益或者注册商标使用许可费的1到3倍的范围内确定赔偿数额。同时，新《商标法》还将在上述三种依据都无法查清的情况下法院可以酌情决定的法定赔偿额上限从50万元提高到300万元。

3）刑事处罚

侵权行为情节严重的，处以3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处以3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

本章小结

知识产权一词产生于18世纪的德国。现代社会随着知识的进步，人们对知识产权的保护呼声日益高涨。本章我们系统地介绍了知识产权中的专利权和商标权。针对专利权，我们重点介绍了专利授予的条件、职务发明与非职务发明、专利申请的原则、专利的保护、专利的强制许可等。在商标权中讲解了商标的分类、商标禁止使用的文字和图形、商标的申请、续展与转让、商标侵权以及注册商标的保护。

重要概念

专利(Patent)、专利申请(Patent Application)、先申请原则(First to-File Principle)、优先权原则(a Right of Priority Doctrine)、商标法 (Trademark Law)、注册商标(Registered Trademarks)、驰名商标(Well-Known Trademark)、商标权 (Trade Mark Privileges)



案例分析

案情：2014年12月1日，中国人王某在某学术研讨会上公布了其在美国完成的一项产品发明。出

席这次会议的工程师赵某，于2015年6月16日向中国专利局提出该专利申请。2015年5月5日，王某将这项成果在美国提出专利申请。次年4月13日，王某又将同一成果向中国专利局提出申请，同时提出要求优先权的书面申请，并提交了有关文件。

问题：本案中的专利申请权应属于谁？

分析与启示：专利申请权应属于王某。依据我国《专利法》之规定，申请人在申请专利权时，可以主张优先权。即申请人自发明或者实用新型在外国第一次提出申请之日起12个月内，或者自外观设计在外国第一次提出申请之日起6个月内，又在中国就相同主题提出专利申请的，依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，可以享有优先权。本案中王某第一次提出该项技术专利申请的时间是2015年5月5日，在12个月以内在中国提出申请，并主张了优先权，提交了相关材料，其优先权成立，2015年5月5日视为其申请日，其申请日早于赵某的申请日，依据先申请原则，专利权应属于王某。

课后习题

一、简答题

1. 授予发明和实用新型专利的实质条件有哪些？
2. 专利权人的权利与义务有哪些？
3. 专利权的强制许可有哪些？
4. 商标禁止使用的文字和图形有哪些？
5. 商标权人的权利与义务有哪些？
6. 商标侵权行为的种类有哪些？

二、不定项选择题

1. 注册商标的专用权，以(　　)为限。

A. 核准注册的商标

B. 核定使用的商品

C. 核准注册的商标和核定使用的商品

D. 核定使用的同一类商品

2. 根据专利法的规定，不能授予专利权的有(　　)。

A. 科学定律　　B. 味精　　C. 中成药　　D. 饮料

3. 下列关于驰名商标的认定表述正确的是哪几项？(　　)

A. 驰名商标的认定由国家工商行政管理局负责

B. 驰名商标认定以当事人申请为原则，行政机关也可以主动认定

C. 人民法院在审理商标纠纷案件中，也可以依当事人的请求和案件的情况依法做出认定

D. 当事人对曾经被行政机关或者人民法院认定的驰名商标请求保护的，人民法院不再审查原来的认定

4. 某外资企业拥有“康康”商标，使用的商品为啤酒。该商标未在中国注册，但被我国有关部门认定为驰名商标。该外资企业的下列哪些请求应当得到支持？(　　)

A. 请求禁止甲公司将“康康”商标在葡萄酒上注册

B. 请求禁止乙公司将“康康”商标在葡萄酒上使用

C. 请求禁止丙公司将“康康”商标在啤酒上使用

D. 请求已将“康康”商标在啤酒上使用的丁公司赔偿损失

5. 侵犯注册商标专用权的行为有(　　)等。

A. 未经注册商标所有人许可，在同一种商品或者类似的商品上使用与注册商标相同或近似的商标的

B. 经销明知侵犯他人注册商标专用权的商品的

C. 未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的

D. 给他人的注册商标专用权造成其他损害的

6. 合作开发所完成的技术成果，合作一方不同意申请专利的，合作他方(　　)。

A. 不得申请专利

B. 可以申请专利

C. 可提交仲裁裁决

D. 申请并获得专利后，由不同意的一方免费使用该专利

7. 专利局给予大华公司某项发明专利以实施强制许可。下列关于大华公司使用该专利发明的表述哪些是正确的?(　　)

A. 大华公司可以不向专利权人支付使用费

B. 大华公司应当在产品上注明专利权人

C. 大华公司不得许可他人使用该专利

D. 大华公司可以许可他人使用该专利，但应向专利权人补偿合理使用费

8. 专利权终止的情况有(　　)。

A. 因专利权的期限届满而终止

B. 专利权人没有按规定缴纳年费

C. 专利权人死亡

D. 专利权人书面申请放弃其专利

9. 工程师李某发明了一种制造饼干的方法并获得专利权。下列行为中，哪些侵犯了工程师李某的专利权?(　　)

A. 某企业未经允许为了经营以该方法制造饼干

B. 某企业未经允许为了经营销售以该方法制造饼干

C. 某企业未经允许为了经营出口以该方法制造饼干

D. 某研究所为了试验使用该方法制造少量饼干

10. 下列行为侵犯了专利权的有(　　)。

A. 使用明知是未经专利权人许可而制造并售出的专利产品的

B. 销售明知是未经专利权人许可制造并售出的专利产品的

C. 使用或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利产品，能注明其产品合法来源的

D. 为科学研究和实验而使用有关专利的

三、案例分析题

A、B两家工厂均系某省玩具制造的厂家。2014年8月，A厂研制出一种新型的智能玩具，产品投



放市场后，深得小朋友的喜爱。2015年5月，A厂向商标局提出“天乐”商标注册申请，但被告知10日前已有B厂为其所生产的玩具向商标局提出注册“天乐”商标的申请。A厂称B厂是于2015年1月才开始生产、销售该产品的，应把“天乐”商标专用权授予A厂。

问题：

1. 商标局应将商标专用权授予哪个工厂？

2. 如果A厂与B厂同一天提出商标注册申请，商标权应授予谁？

第8章 反不正当竞争法和反垄断法

学习目标

理解竞争法的基本原理、垄断和不正当竞争的概念；重点掌握反垄断和反不正当竞争的具体法律规定，并运用有关原理分析和解决问题。

课前案例

江苏的一个保温瓶厂在新闻发布会上，公布了一条“惊世救俗”的消息，说我国百姓几十年来一直使用的保温瓶胆存在着砒霜渗透的问题。他们为了弥补这一缺陷，经过几年的研制，生产出无毒的“金胆”，安全、可靠，是保温瓶生产的一次革命。这一消息引起广大消费者的关注，很多商场也关心这一问题，大家纷纷打听如何购买所谓的“金胆”。这家企业又及时地发出广告，开展“金胆”换“银胆”的销售活动，消费者只要交两元人民币就可以用一个“银胆”换一个“金胆”，厂家大发其财。但是，与此同时，全国各地的“银胆”销售受到影响，厂家大量积压产品。另外，很多外国商人闻听此讯，也纷纷发出退货、解除合同等电文和传真。江苏某保温瓶厂“金胆”产品的宣传、广告及销售方法，冲击了其他生产保温瓶厂家的生产、经营，给这些企业造了巨大的经济损失，触怒了许多生产“银胆”的厂家，纷纷要求工商行政管理部门、各级技术监督管理部门调查有关事实真相，为“银胆”平反。经过江苏省技术监督部门的技术鉴定，做出如下结论：一、普通的保温瓶所使用的“银胆”根本不存在砒霜渗透的问题；二、所谓的“金胆”和普通保温瓶使用的“银胆”在原材料、设计方法、外形、制造工艺等方面都完全一样。当地的工商行政部门经过调查也发现该保温瓶厂生产的所谓“金胆”实际上就是用换来的“银胆”冒充的。鉴于此，有关部门做出了如下处罚：一、责令该厂立即停止违法行为；二、在全国性的报纸杂志上登报一个月，澄清事实的真相，消除影响；三、赔偿“银瓶”生产厂家的经济损失；四、处以20万元的罚款。

8.1 竞争法律制度概述

8.1.1 竞争的概念

1. 竞争的基本含义

竞争是人类社会中普遍存在的一种社会现象，它是指个人或团体，为达到某种目标，努力争取其所需求的对象。在瞬息万变的现代社会中，到处充满着激烈的竞争，如体育竞赛、文艺演出比赛、科技竞争、军事竞争、商业竞争等。正是这些富有进取性和排他性的

竞争推动着经济的发展和社会的进步。

2. 市场竞争

竞争法中所指的竞争仅限于市场竞争。市场竞争有广义和狭义之分，广义的市场竞争包括经营者与消费者之间的竞争以及经营者之间的竞争；而狭义的市场竞争则仅指经营者之间的竞争。在竞争法中所指的市场竞争为狭义的市场竞争，即商品的生产者、经营者以及服务的提供者之间为争逐有利的市场地位和获得更多的经济利益而以市场为载体自觉展开的相互对立而又相互促进的较量活动。

就市场竞争的一般性质而言，其具有以下特点：

(1) 市场竞争的主体限于市场主体。市场竞争发生在两个以上的市场主体之间，这里的市场主体主要包括商品的经营者和服务的提供者，即以营利为目的而进行商品的生产、销售或者提供服务的自然人、法人和其他社会经济组织。另外，竞争既可以发生在某类特定的市场主体之间，也可以发生在不特定的市场主体之间。

(2) 市场竞争的目的在于通过有利的市场条件获取更多的经济利益。追求利润最大化是市场主体的根本特征。因此，一般来说，市场竞争多发生在相同或者类似的行业，或在有利害关系的经营者之间展开。

(3) 市场竞争的展开必须以市场为载体。市场竞争的展开须以市场为载体，市场竞争不仅发生在市场主体之间，而且发生在市场主体的市场活动过程中。

(4) 市场竞争的结果是实现优胜劣汰。竞争的优胜者因此而获得更多的利润和更为有利的交易机会；失败者则因减少或丧失交易机会和市场占有而被淘汰出局。因此，作为市场运行基本机制的竞争，会迫使生产经营者不断进取，大胆创新，重视技术改造，提升产品质量，永远朝着利润最大、效益最高的目标奋进。

不过，开展市场竞争也可能发生一些消极因素，诸如不正当竞争行为和垄断行为等。但只要加强市场的组织管理和制度建设，运用好政策、法律和进行必要的行政管理，是可以引导市场竞争朝着积极健康的方向发展的。

8.1.2 竞争法概述

1. 竞争法的概念

竞争法是调整国家在协调市场竞争活动中所形成的经济关系的法律规范的总称。包括实质意义上的竞争法和形式意义上的竞争法。实质意义上的竞争法是指以维护正常的市场竞争秩序为目的而对市场主体的自由竞争行为进行规制和调整的各种法律规范的总称；形式意义上的竞争法是指一国根据法律文化传统和法律体系制定的用以调整竞争关系和竞争管理关系的各种法律规范的总称，通常认为形式意义上的竞争法包括反不正当竞争法和反垄断法。

2. 竞争法的作用

竞争法是国家调整市场机构，规范市场行为，保护和促进健康有序的竞争的基本法律制度。竞争法的作用主要有：第一，建立完善的社会公平竞争的环境；第二，制止非法垄断和不正当竞争，维护正常的市场竞争秩序；第三，保护和鼓励正当竞争；第四，保护其他经营者和消费者的合法权益。

竞争法在经济法中具有重要地位，在西方国家，常被称为“经济宪法”“市场经济的大宪章”或者“经济的基石”。在我国经济法学界，有人把竞争法称为经济法的“核心法”或者“龙头法”。

8.1.3 竞争法的立法模式

竞争法的立法模式在经济发达国家和发展中国家有所不同，究其原因在于不同国家经济发展水平有差异，各国在不同的时期或阶段会采取各自不同的有利于本国经济发展的立法模式。竞争法的立法模式大致说来有以下三种。

1. 综合立法模式

综合立法模式以美国为代表。美国反托拉斯法是一个以规制限制竞争行为为主、兼及不正当竞争行为的法律体系，以1890年的《谢尔曼法》、1914年的《克莱顿法》和《联邦贸易委员会法》为基础，加上美国国会通过的一系列修正案及补充立法、各州立法和司法体例，共同构成了一个庞大的体系。英国的竞争法体系与此相近。

2. 分立式立法模式

分立式立法模式以德国为代表。德国于1896年制定了世界上最早的《反不正当竞争法》，然后根据需要在1909年修订后重新颁布，后又经多次修订实行至今。在反垄断方面，德国于1957年制定了《反限制竞争法》，即《卡特尔法》，至今也已经过多次修改。因此，德国完整的竞争法体系确立于20世纪50年代，《反限制竞争法》体现了德国的宏观经济政策，《反不正当竞争法》则维持了微观的市场交易秩序，两者共同促进了德国市场经济体制的建立，也为第二次世界大战之后德国经济的恢复起到了保障作用。日本、韩国、瑞士等国亦属此种立法模式。

3. 合立式立法模式

合立式立法模式以我国台湾地区为代表。我国台湾地区于1991年制定了《公平交易法》，其第二章“独占、结合、联合行为”属于典型的反垄断的内容，而第三章“不公平竞争”则属于传统的反不正当竞争的内容。前南斯拉夫、匈牙利和俄罗斯等国属于此种立法模式。

我国1993年9月2日第八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过，1993年12月1日起施行《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)。2007年8月30日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过，2008年8月1日起施行《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)。这两部法律是我国竞争法的两大基本法律，与此相关的法律法规共同构成了竞争法的体系。

8.2 反不正当竞争法

8.2.1 反不正当竞争法概述

1. 正当竞争行为和不正当竞争行为

竞争行为按照是否符合法律、道德等要求分为正当竞争行为和不正当竞争行为。正当

竞争行为是指经营者采用符合国家法律、遵守社会公认的商业道德、信守诚实信用原则的商业手段进行竞争的行为。根据我国《反不正当竞争法》第2条第2款的规定，不正当竞争行为是指经营者违反该法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。

2. 反不正当竞争法的概念

反不正当竞争法的概念，可以从不同的层面进行理解。从法律的形式渊源来看，反不正当竞争法有形式意义与实质意义之别。形式意义上的反不正当竞争法是指我国第八届全国人大常委会第三次会议于1993年9月2日通过的《反不正当竞争法》；实质意义上的反不正当竞争法是指与反不正当竞争有关的法律、法规、规章及其他规范性文件的总和。

8.2.2 我国反不正当竞争法规定的不正当竞争行为

1. 欺骗性交易行为

欺骗性交易行为是指经营者在市场经营活动中，采用假冒、仿冒或者其他虚假手段，对自己的商品或服务作虚假的表示、说明或承诺，从而获得交易机会，损害同业竞争者利益及消费者利益的行为。

1）假冒他人的注册商标

假冒他人的注册商标是指采用虚假或其他不诚实的手段，侵犯他人注册商标的行为。

假冒他人的注册商标既违反了《反不正当竞争法》，又违反了《商标法》。依据我国《商标法》的规定，最典型的假冒他人的注册商标行为主要是未经注册商标人许可，在同一种或类似商品上使用与其注册商标相同或近似的商标。

2）与知名商品相混淆的行为

擅自使用知名商品持有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品，即与知名商品相混淆的行为。“知名商品”是指在市场上具有一定的知名度，为相关公众所悉知的商品。“特有”即独一无二的，消费者可以凭借该特有的特征来识别经营者的商品。这里的购买者是一般的社会公众，判断是否足以引起误认，应当以一般社会公众的知识、经验为标准。

3）擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品

企业名称和经营者的姓名是区分商品生产者、经营者或服务提供者来源的重要标志，它能够反映出该企业或该生产经营者的商品声誉及商业信誉。擅自使用就是未经他人同意而使用，造成经营者和消费者的误认，损害了他人的声誉或信誉。

4）在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地

认证标志是指经营者的产品质量经质量认证机构审查检验，认为质量合格，被许在产品或包装上使用的质量标志。名优标志是指经国际、国内有关机关或者具有权威性的社会组织等评定为名优产品，向经营者颁发的一种产品质量的荣誉标志，是经营者享有的荣誉权。一般认为，产地包括产地名称和产地标志。产地名称是表示某项产品来源于某个国家或地区的说明性标志，一般是由于历史原因、地理气候等因素的影响，使某些地区的某种产品逐渐形成传统优势，反映了产品的质量。产地标志一般只是表示了该产品的出处。

5）在商品上对商品质量作引人误解的虚假表示

在商品上对商品质量作引人误解的虚假表示是指经营者对反映商品质量的各种因素作不真实的标注，导致或足以导致购买者对商品质量产生错误认识的行为。

【例题8-1单选题】 根据我国《反不正当竞争法》和相关法律关于诋毁商誉行为的规定，下列说法正确的是（　　）。

A. 新闻单位被经营者唆使对其他经营者从事诋毁商誉行为的，可与经营者构成共同的不正当竞争行为

B. 经营者通过新闻发布会形式发布影响其他同业经营者商誉的信息，只要该信息是真实的，不构成诋毁行为

C. 诋毁行为只能是针对市场上某一特定竞争对手实施的

D. 经营者对其他竞争者进行诋毁，其主观心态既可以是故意，也可以是过失

【答案】 B

2. 商业贿赂行为

商业贿赂行为指经营者采用财物或其他手段进行贿赂，暗中给予交易相对人或其有关人员好处，以获得交易机会，或暗中接受回扣的行为。根据《反不正当竞争法》第8条第2款规定，经营者销售或者购买商品，可以以明示方式给对方折扣，可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的，必须如实入账。接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的，以受贿论处。1996年国家工商总局又发布了《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》，对《反不正当竞争法》第8条进行了具体的解释和补充。回扣是指经营者销售商品时在账外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或者个人的一定比例的商品价款。

3. 虚假宣传行为

虚假宣传行为指经营者在宣传活动中，利用广告或者其他宣传方法，对商品或服务（商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等）做与实际情况不符的公开宣传，引起或者足以引起其交易相对人对商品或服务产生错误认识的行为。经营者包括广告主、广告经营者。

4. 侵犯商业秘密行为

侵犯商业秘密行为是指经营者采用非法手段获取、披露或使用他人商业秘密的行为。商业秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性，并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。国家工商行政总局1995年11月发布实施的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第2条指出，技术信息和经营信息包括设计、程序、产品配方、制作工艺、制作方法、管理诀窍、客户名单、货源情报、产销策略、招投标中的标底及标书内容等信息。不为公众所知悉是指该信息是不能从公开渠道直接获取的。能为权利人带来经济利益、具有实用性，是指该信息具有确定的可应用性，能为权利人带来现实的或者潜在的经济利益或者竞争优势。权利人采取保密措施，包括订立保密协议、建立保密制度及采取其他合理的保密措施。

侵犯商业秘密行为的类型包括：①以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利

人的商业秘密。②披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密。③违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。④第三人明知或者应知上述所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密。

【例题8-2单选题】 下列行为中，不属于经营者侵犯商业秘密的手段的是（　　）。

A. 第三人不知是商业秘密而加以使用

B. 披露、使用或者允许他人使用以非法手段获取的他人的商业秘密

C. 以盗窃、利诱、胁迫或者其他手段获取商业秘密

D. 违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密

【答案】 A

8.2.3 我国《反不正当竞争法》对不正当竞争行为的监督与制裁

我国《反不正当竞争法》不仅在总则部分对有关不正当竞争行为的监督检查作了原则性规定，而且在第三章专门对不正当竞争行为的监督检查作了较为具体的规定。

1. 监督检查的部门

我国《反不正当竞争法》第3条第2款规定："县级以上人民政府工商行政管理部门对不正当竞争行为进行监督检查；法律、行政法规规定由其他部门监督检查的，依照其规定。"可见，我国对不正当竞争行为实施监督检查的机关主要有两类：一是县级以上人民政府工商行政管理部门；二是法律、行政法规规定的其他部门，如质量监督、商品检验、物价等部门在其职权范围内对不正当竞争行为进行监督检查。

【例题8-3单选题】 某市技术监督局在抽查本市市场上的饮料时发现，除三种名牌饮料外，其余饮料均不合格，该局在当地新闻媒体上对检查结果进行了详细介绍，导致一些厂家生产的饮料销量急剧下降，下列说法中正确的是（　　）。

A. 市技术监督局的抽查行为是履行职责的正常管理行为，但在新闻媒体上公布抽查结果是限制其他经营者的不正当竞争行为

B. 市技术监督局抽查行为的背后是以排挤其他经营者为动机，故抽查行为与公布行为均构成不正当竞争

C. 市技术监督局的行为不构成不正当竞争

D. 市技术监督局行为虽有排挤其他经营者的意图，但并未指定消费者购买某种饮料，尚不构成不正当竞争

【答案】 C

2. 监督检查部门的职权

县级以上监督检查部门在监督检查不正当行为时依法行使下列职权：

（1）调查询问权。监督检查部门按照规定的程序询问被检查的经营者、利害关系人、证明人，并要求提供证明材料或者与不正当竞争行为有关的其他资料。被检查的经营者、利害关系人和证明人应当如实提供有关资料或者情况。

（2）查询、复制资料权。监督检查部门可以查询、复制与不正当竞争行为有关的协议、账册、单据、文件、记录、业务函电和其他资料。

（3）检查财物权。对于属于《反不正当竞争法》第5条规定的不正当竞争行为有关的财物，监督检查部门有权进行检查，必要时可以责令被检查的经营者说明该商品的来源和数量，暂停销售，听候检查，不得转移、隐匿、销毁该财物。

值得注意的是，监督检查部门的工作人员监督检查不正当竞争行为时，应当出示检查证件。这既是监督检查工作的程序之一，也是监督检查部门工作人员应遵守的义务。

3. 不正当竞争行为的法律责任

根据我国《反不正当竞争法》的规定，不正当竞争行为应承担的法律责任包括民事责任、行政责任和刑事责任。

1）民事责任

我国《反不正当竞争法》第20条规定：经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。被侵害的经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。

我国《反不正当竞争法》规定民事责任的意义在于保护合法经营者的合法权益不受侵害，以及受到实际损害时得以补偿。

2）行政责任

《反不正当竞争法》规定的行政责任，要通过不正当竞争行为的监督检查部门对不正当竞争行为的查处来实现。这样规定的目的在于使被破坏的市场竞争秩序得以恢复。我国《反不正当竞争法》规定的行政责任的形式主要包括罚款、没收违法所得、责令停止违法行为、责令改正、消除影响、停业整顿以及吊销营业执照等。此外，还规定了与不正当竞争行为有关的国家机关工作人员违法的行政处分。

当事人对监督检查部门的处罚决定不服的，可以自收到处罚决定之日起15日内，向上一级主管机关申请复议；对复议决定不服的，可以自收到复议决定之日起15日内，向法院提起诉讼；也可以直接向法院提起诉讼。

对于低于成本价的销售行为、搭售或附加其他不合理条件的行为以及商业诋毁行为等不正当竞争行为，我国《反不正当竞争法》并没有规定与之对应的行政责任条款。对这些行为如何进行行政处罚，需要法律进一步做出明确的规定。

3）刑事责任

刑事责任是对违法行为进行的最为严厉的法律制裁，适用于那些对其他经营者、消费者和社会经济秩序损害严重、情节恶劣的不正当竞争行为。《反不正当竞争法》对于不正当竞争行为的刑事责任的规定都是原则性的，确定具体的刑事责任要适用我国《刑法》的相应规定。例如，《反不正当竞争法》第21条第2款只规定“销售伪劣商品，构成犯罪的，依法追究刑事责任”，而《刑法》分则第三章第一节具体规定了“生产、销售伪劣商品罪”的具体刑罚；《反不正当竞争法》第22条只规定“经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品，构成犯罪的，依法追究刑事责任”，而《刑法》对于受贿罪和行贿罪都有相应的定罪量刑的规定。

此外，现行《刑法》还对许多不正当竞争行为的刑事责任做出了具体的规定，例如，第221条规定了损害他人商业信誉、商品声誉罪；第222条规定了虚假广告罪；第223条

规定了串通投标罪；第219条规定了侵犯商业秘密罪。这些规定都是对不正当竞争行为追究刑事责任的规定。

我国《反不正当竞争法》还对监督检查不正当竞争行为的国家工作人员承担刑事责任的情形做出了规定。

8.3 反垄断法

8.3.1 垄断概述

1. 垄断的概念

垄断作为一种经济现象，有时指的是一种垄断结构状态，有时指的是一种垄断行为。经济学中的垄断，是指少数大公司、企业或若干企业的联合独占生产和市场，指的就是垄断结构状态。法律中的垄断，是指违反国家法律、法规、政策和社会公共利益，通过合谋性协议、安排和协同行动，或者通过滥用经济优势地位，排斥或者控制其他经营者正当的经济活动，在某一领域内实质上限制竞争的行为，指的是一种垄断行为。在《反垄断法》中规制的主要是垄断行为。

2. 垄断的基本特征

垄断这种经济现象的基本特征包括以下四个方面：

(1) 垄断是一种排斥和限制正常竞争活动的经济力量。垄断的排斥和限制力量给竞争者进入市场造成困难，所以垄断必然会削弱竞争的活力和效率。

(2) 垄断是一种有组织的联合力量。垄断者往往通过达成合谋性协议来安排或者协同行动，形成联合力量，对局外企业的经济活动加以限制，以实现其经济统治。

(3) 垄断者谋取经济利益是依靠对市场的操纵和独占来实现的，严重削弱了市场对社会资源配置的基础性作用。

(4) 垄断是一种具有违法性和社会危害性的经济行为。所以垄断行为要受到反垄断法的明文禁止。但是，如果根据某一时期的实际经济情况对某一种行业或者产品的产销，由国家垄断经营更有利于保护国家或者社会公共利益，则可适用反垄断除外制度，而不将其列入违法性垄断行为之列，法律上也不加以禁止和予以制裁。

3. 垄断的分类

1) 依据垄断者占有市场的情况分类

依据垄断者占有市场的情况，垄断可分为：

(1) 独占垄断。独占垄断是指市场上只有一家企业，对生产、价格实行排他性控制。

(2) 寡头垄断。寡头垄断是指市场上的企业为数不多，但他们之间存在竞争。

(3) 联合垄断。联合垄断是指多个相互竞争的企业联合控制某个市场。

2) 依据垄断产生的原因分类

依据垄断产生的原因不同，垄断可分为：

（1）经济性垄断。这是指市场主体通过自身的实力设置市场进入障碍而形成的垄断，包括卡持尔（一般是指生产同类产品的厂商，为取得高额利润而在产量、价格、市场分割等方面达成的协议）、辛迪加（通常指同一生产领域的厂商为统一购销而订立协议所形成的垄断联合）、托拉斯（主要指生产同类商品或在生产上有紧密联系的厂商从生产到销售实行全面合并所形成的垄断联合）、康采恩（通常指并非同一部门的大企业围绕其中实力最雄厚的企业所结成的垄断联合）。

（2）国家垄断。这是指国家对某些产业进行直接控制，不允许其他市场主体进入。

（3）行政性垄断。这是指政府行政机构设置的市场进入障碍而形成的垄断。

（4）自然垄断。这是由于市场的自然条件原因而形成的垄断经营。

3）依据法律对垄断的态度分类

依据法律对垄断的态度，垄断可分为：

（1）非法垄断。非法垄断，即反垄断法所禁止的垄断行为，其主要形式有：独占、兼并、股份保有、董事的交叉任职、联合行为。

（2）合法垄断。合法垄断，是指国家为了保护整个国民经济的健康发展，在反垄断法中明确规定的不适用垄断禁止的垄断行为。其范围和种类有：特定经济部门的垄断、知识产权领域、对外贸易领域、协同组合行为。

8.3.2 反垄断法概述

1. 反垄断法的概念

反垄断法，是指由国家立法机关制定并颁布的、用来调整在反对市场垄断行为的过程中发生的各种社会关系的法律规范的总称。从反垄断法的概念和基本内容看，反垄断法属于经济法体系的重要组成部分，是国家干预经济的重要法律手段。

2. 世界各国反垄断法的立法概况

1）发达国家反垄断立法概况

1865年美国南北战争结束后，随着全国铁路网的建立和发展，美国原来地方性和区域性的市场迅速融合为全国统一的大市场。全国大市场的建立也推动了垄断组织即托拉斯的产生和发展。1879年美孚石油公司建立，标志着美国历史上第一次企业兼并浪潮的开始，托拉斯从而在美国成为不受控制的经济势力。这种经济集中不仅使市场失去了活力，也使社会中低阶层的人们和企业深受垄断组织滥用市场经济优势之苦。在此情况下，1890年美国《谢尔曼法》诞生，该法是世界上最早的反垄断法，被称为“反垄断法之母”。

从《谢尔曼法》问世到第二次世界大战结束，这期间除美国在1914年颁布了《克莱顿法》和《联邦贸易委员会法》作为对《谢尔曼法》的补充外，其他国家的反垄断立法几乎是空白。然而在第二次世界大战结束后，形势发生很大变化。日本在1947年颁布了《禁止私人垄断和确保公正交易法》，德国于1957年颁布了《反对限制竞争法》，1958年生效的《欧洲经济共同体条约》第85条至第90条是欧共体重要的竞争规则。此外，欧共体理事会于1989年还颁布了《欧共体企业合并控制条例》。意大利在1990年颁布了反垄断法。

2）发展中国家反垄断立法概况

发展中国家反垄断法的立法步伐比较缓慢。直到20世纪80年代后期，颁布了反垄断

法的发展中国家仍然不足12个，包括亚洲的韩国、印度、巴基斯坦和斯里兰卡。发展中国家当时对反垄断法普遍不感兴趣的原因主要是，这些国家或地区许多产业是由国有企业经营的，为了维护这些国有企业的利益，国家当然不希望在企业间展开竞争。另外，当时所有的社会主义国家都实行计划经济体制，企业之间同样没有竞争，企业的垄断经营是合法的，不合法的垄断又不存在，所以就没有制定反垄断法的必要。

而在我国，十一届三中全会以来，随着社会经济生活中竞争的出现，我国开始注意反垄断立法。1980年10月国务院发布的《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》首次在我国提出了反垄断，特别是反对行政垄断的任务。该暂行规定指出："在经济生活中，除国家指定由有关部门和单位专门经营的产品外，其余的不得进行垄断，搞独家经营""开展竞争必须打破地区封锁和部门分割，任何地区和部门都不准封锁市场，不得禁止外地商品在本地区、本部门销售"。此后，我国逐步制定了一些涉及反垄断的法律、法规，比较重要的是1993年颁布的《反不正当竞争法》、1997年12月颁布的《价格法》和1999年8月通过的《招标投标法》，以及2001年国务院颁布的《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》、2002年颁布的《电信条例》等一系列规范性文件。

在1993年的《反不正当竞争法》中，针对当时我国并没有反垄断法的专门规定，但又存在公用企业和一些行政机关垄断的情况，通过部分法律条文对公用企业垄断和行政垄断进行了规定。在现在看来，我国的反不正当竞争法和反垄断法在调整对象上存在交叉。

1994年，《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)由商务部负责起草和调研工作，被列入第八届全国人大常委会立法规划，历经第八、九、十届全国人大会议，2006年6月，《反垄断法》草案首次提交全国人大常委会审议。2007年8月30日第十届全国人大常委会第二十九次会议经表决通过《反垄断法》，2008年8月1日起施行。

8.3.3 我国反垄断法规定的垄断形式

1. 垄断协议

1) 垄断协议的概念

垄断协议，就是通常所说的卡特尔，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为，是一种典型的限制竞争的垄断行为。

2) 垄断协议的分类

(1) 横向限制竞争行为。横向限制竞争行为是指处于同一生产或流通环节的、经济水平相当的企业之间通过协议，以控制企业经济活动的某一特定方面。企业之间处于统一生产或流通环节，或同为生产者、销售者、购买者，经济实力相当或接近，只有实力相当才会形成横向限制，不然将可能形成滥用经济优势地位。

横向限制竞争行为主要包括以下几个方面：①固定价格卡特尔，即经营者之间固定价格，限制相互之间的价格竞争；② 限制数量卡特尔，即经营者之间通过协议，限制各自的生产数量，以维持或达到较高的价格水平；③ 划分市场卡特尔，即经营者之间订立协议，划分各自的市场范围；④联合抵制交易卡特尔，即经营者联合起来，抵制某个或某些不按自己意图销售产品的零售商，不与其从事交易；⑤其他卡特尔。我国《反垄断法》第13条进行了规定。

(2) 纵向限制竞争行为。纵向限制竞争行为是指处于不同流通环行的企业之间，如生

产者和批发商、批发商和零售商之间所签订的限制竞争行为的协议。

纵向限制竞争行为主要包括以下几个方面：①维持转售价格，即生产者与销售者、批发商和零售商之间达成协议，规定销售商或零售商必须按照固定的价格销售其商品；②附不当约束条件交易，即以交易对方接受额外的义务作为与他们订立合同的条件，而这些额外义务按其性质或商业习惯，与该合同的标的是没有任何联系的；③附不当排他条件交易，即处于不同环节的企业之间进行交易时，以约定达成交易的一方不与另一方的竞争者进行经济来往为条件。我国《反垄断法》第14条进行了规定。

目前，我国行业协会越来越发挥出行业自律组织的积极作用，维护行业公平竞争环境，保护企业合法权益，对行业内的企业进行协调，为企业提供信息、技术、对外合作、职业培训等方面的服务。但另一方面，行业协会为避免激烈的市场竞争，总是企图削弱和排除竞争，从而产生限制竞争行为的消极作用。所以，我国《反垄断法》第16条规定："行业协会不得组织本行业的经营者从事本章禁止的垄断行为。"

3）垄断协议的豁免

垄断协议的豁免是指经营者之间的协议、决议或者其他协同行为，虽然排除、限制了竞争，构成了垄断协议，但协议的实施所产生的好处要远大于其排除、限制竞争造成的危害，因此法律规定对其予以豁免，即排除适用《反垄断法》的规定。豁免制度是利益衡量上的需要和结果在法律上的表现，是对原则的例外。不少国家、地区以及欧盟的反垄断法律，都在经济效果和限制竞争的影响两者之间进行利益衡量，在利大于弊时，对垄断协议实行豁免。我国《反垄断法》第15条进行了规定。

2. 滥用市场支配地位

1）相关市场的含义

相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务(以下统称商品)进行竞争的商品范围和地域范围。相关商品市场，是根据商品的特性、用途及价格等因素，由需求者认为具有较为紧密替代关系的一组或一类商品所构成的市场。这些商品表现出较强的竞争关系，在反垄断执法中可以作为经营者进行竞争的商品范围。相关地域市场是指需求者获取具有较为紧密替代关系的商品的地理区域。这些地域表现出较强的竞争关系，在反垄断执法中可以作为经营者进行竞争的地域范围。

2）市场支配地位的含义

市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。支配地位是企业因享有某种市场力量而具有的地位，这种力量使其可以自由决定自己的市场策略而无须过多考虑其竞争对手或购买者的反应。

3）市场支配地位的认定

在市场支配地位的认定上，一般会考虑一些因素，如独占或准独占，即企业没有竞争者或没有实质上的竞争者；相对其他竞争者具有突出的市场优势，即企业的市场份额、财力、进入采购或销售市场的渠道、与其他企业的联合、其他企业进入市场所面临的法律上或事实上的限制；寡头分占，即如果两个或两个以上的企业作为整体看待，处于独占、准独占或突出市场优势地位，它们之间又不存在实质上的竞争，它们也具有市场支配地位。我国《反垄断法》第18条进行了相应的规定。

从一些国家的法律规定或司法判例来看，市场份额无疑是界定企业是否具有支配地位的决定性因素，但不是唯一性因素。为了减轻执法机构对企业市场支配地位的认定，许多国家都从市场份额的多少来推定其是否具有市场支配地位，如达到市场份额的1/2、2/3、3/4等。我国《反垄断法》第19条进行了相应的规定。

4）滥用市场支配地位的行为

滥用市场支配地位行为，简言之，就是具有市场支配地位的企业不正当地利用自身优势，并实质性地限制或排斥竞争，损害消费者利益的行为。纵观各国反垄断法，有的对滥用行为的规定比较概括，有的明确列举了数种典型的滥用行为，但不管采用何种体例，实际操作中对以下滥用行为的认识基本相同：①盘剥购买者。其中最典型的就是索取垄断高价和剥削性的交易条件。处于独立地位的支配企业，极可能向市场提供比它实际可能生产数量少得多的产品，而索取与其生产成本相比非常不合理的垄断高价或者提出种种获取不正当好处、置交易对方于不利的交易条件，其目的可能在于维持垄断地位，或者仅为在无竞争的压力下轻松获得剥削利益。② 掠夺性定价。支配企业以排挤竞争对手或阻止新的竞争对手进入市场为目的，以低于成本的价格连续地销售商品或提供劳务。支配企业通过掠夺性定价将竞争对手排挤出市场后，可以通过索取垄断高价来弥补短期损失。③搭售。支配企业要求交易对方购入本交易所含商品或劳务以外的商品或劳务。④排他性交易。支配企业以交易方不与支配企业的竞争对手交易作为条件而与其长期交易，或者向购买人承诺在特定市场只与购买人一家交易。支配企业通过与交易对方订立排他性交易契约，可达到抑制竞争者甚至将其逐出市场的目的，也会妨碍下一经济阶段的竞争者进入。⑤拒绝交易。⑥歧视待遇。支配企业无正当理由对同类的交易对方要求或支付各异的价款，或就其他交易条件实行各异的对待。我国《反垄断法》第17条进行了相应的规定。

3. 经营者集中

1）经营者集中的含义

经营者集中是指经营者通过合并、资产购买、股份购买、合同约定(联营、合营)、人事安排、技术控制等方式，取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响的情形。其中，合并是最重要和最常见的一种经营者集中形式。

经营者集中以其影响市场的效果与程度为标准，可以划分为横向集中、纵向集中和混合集中。横向集中是指发生在相同的生产者之间或销售者之间的集中。纵向集中是指发生在不同的生产、流通环节的经营者之间的集中。混合集中是指发生在没有横向和纵向关系的经营者之间的集中。

2）经营者集中的类型

（1）经营者合并。经营者合并，相当于公司法制度中的公司合并，包括吸收合并和新设合并，是最常见、最主要的经营者合并的类型。

（2）取得股份(资产)。取得股份(资产)是指经营者取得其他经营者足够数量的具有表决权的股份或资产，进而达到直接或间接支配其他经营者的目的。

（3）经营集中。经营集中一般是指经营者通过与另一个经营者达成协议等方式，取得对其他经营者的控制权或者对其他经营者施加决定性影响的行为。被集中者虽然能够保持独立地位，但丧失了自主决策权，因此若干个经营者变成了一个单一的经营者主体，就没有了竞争对手，达到了限制竞争的目的。我国《反垄断法》第20条进行了相应的规定。

3）对经营者集中的控制

经营者集中的后果是双重的。一方面，有利于发挥规模经济的作用，提高经营者的竞争能力。另一方面，过度集中会产生或加强市场支配地位，限制竞争，损害效率。所以，我国《反垄断法》对经营者集中实行必要的控制。

（1）经营者集中的申报。经营者集中申报是指经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中。申报标准是经营者集中是否需要进行事先申报的门槛，应当客观、明确，便于参与集中的经营者以及反垄断执法机构判断和掌握，并有明确的行为预期。经营者的营业额是反映经营者经济力的重要指标，较为客观、明确，世界各国大多采用这一指标作为经营者集中的申报标准。

国务院2008年8月1日发布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定》规定的申报标准为：参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币；参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。在营业额的计算上，应当考虑银行、保险、证券、期货等特殊行业、领域的实际情况。由于经济生活非常复杂，在有些情况下，经营者集中虽然没有达到规定的申报标准，但仍有可能产生排除、限制竞争的效果。比如，有的行业经营者的营业额普遍较低，达不到申报标准，但参与集中的经营者的市场份额却相对较大，其集中行为就很有可能排除、限制竞争。对这类经营者集中，也需要有相应的控制措施。因此经营者集中未达到上述规定的申报标准，但按照规定程序收集的事实和证据表明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院商务主管部门应当依法进行调查。

（2）经营者集中的审查。① 初步审查。国务院反垄断执法机构应当自收到经营者提交的符合规定的文件、资料之日起30日内，对申报的经营者集中进行初步审查，做出是否实施进一步审查的决定，并书面通知经营者。国务院反垄断执法机构做出决定前，经营者不得实施集中。如果国务院反垄断执法机构做出不实施进一步审查的决定或者逾期未做出决定的，经营者可以实施集中。

② 进一步审查。国务院反垄断执法机构决定实施进一步审查的，应当自决定之日起90日内审查完毕，做出是否禁止经营者集中的决定，并书面通知经营者。做出禁止经营者集中的决定，应当说明理由。审查期间，经营者不得实施集中。

③ 延期审查。延期审查的情形：经营者同意延长审查期限的；经营者提交的文件、资料不准确，需要进一步核实的；经营者申报后有关情况发生重大变化情形的。国务院反垄断执法机构经书面通知经营者，可以延长审查期限，但最长不得超过60日。国务院反垄断执法机构逾期未做出决定的，经营者可以实施集中。

（3）经营者集中审查的实质要件。我国《反垄断法》第27条规定，审查经营者集中，应当考虑下列因素：①参与集中的经营者有相关市场的市场份额及其对市场的控制力；②相关市场的市场集中度；③经营者集中对市场进入、技术进步的影响；④经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响；⑤经营者集中对国民经济发展的影响；⑥国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。

此外，对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中，涉及国家安全的，除依

照《反垄断法》规定进行经营者集中审查外，还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。

（4）经营者集中审查决定的做出。在综合考虑上述因素的基础上，我国《反垄断法》第 28 条规定，经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构应当做出禁止经营者集中的决定。但是，经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响，或者符合社会公共利益的，国务院反垄断执法机构可以做出对经营者集中不予禁止的决定。《反垄断法》第 29 条又规定，对不予禁止的经营者集中，国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件。

国务院反垄断执法机构应当将禁止经营者集中的决定或者对经营者集中附加限制性条件的决定及时向社会公布。

4. 滥用行政权力排除、限制竞争

1）滥用行政权力排除、限制竞争的含义

滥用行政权力排除、限制竞争主要是指行政机关和法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力实施的限定交易、地区封锁等排斥、限制竞争的行为，也被简称为“行政垄断”。

2）滥用行政权力排除、限制竞争的表现形式

在实践中，滥用行政权力排除、限制竞争的行为有多种表现形式。在我国现行立法中，明确规定的有以下三个。《反不正当竞争法》第 7 条规定：“政府及其所属部门不得滥用行政权力，限定他人购买其指定的经营者的商品，限制其他经营者正当的经营活动。政府及其所属部门不得滥用行政权力，限制外地商品进入本地市场，或者本地商品流向外地市场。”这既包括了滥用行政权力实施的限定交易行为，也包括地区封锁行为。2001 年《国务院关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》第 5 条规定：“任何地方不得制定实行地区封锁或者含有地区封锁内容的规定，妨碍建立和完善全国统一、公平竞争、规范有序的市场体系，损害公平竞争环境。”同时在第 4 条列举了所禁止的 8 种地区封锁的行为。《反垄断法》也明确规定：“行政机关和法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品；妨碍外地商品的自由流通；排斥或限制外地经营者的招标投标；排斥或限制外地经营者的投资活动；强制经营者从事违反法律规定的垄断行为；违法制定妨碍竞争的规则的行为。”

8.3.4 反垄断法的适用除外制度

1. 适用除外制度的概念与特征

1）适用除外制度的概念

适用除外制度又称例外制度、豁免制度，是指国家为了保护国民经济的健康发展，在反垄断法等有关法规中规定的对某些行业或企业垄断行为不适用垄断禁止的法律制度。

2）适用除外制度的特征

适用除外制度具有以下特征：

（1）反垄断法的适用豁免作为一项法律制度，在各国反垄断法中普遍存在，是一个带

有共性的问题。美国《谢尔曼法》中就设立了适用除外制度，欧盟竞争法、德国反限制竞争法、日本反垄断法等都有相应规定。

（2）反垄断法的适用豁免不是绝对的，在很多情况下是附有条件的。一般要求具有符合社会公共利益、道德要求、效率与公平价值等取向，适用豁免的领域也集中在几个主要领域。

（3）反垄断法豁免制度主要适用于垄断行为和限制竞争行为，一般不适用于不正当竞争行为。

2. 我国反垄断法适用除外制度的适用范围

我国反垄断法适用除外制度的适用范围主要规定在以下几个方面：《反垄断法》第7条对特定行业垄断经营活动的豁免；第15条对垄断协议的豁免；第55条对知识产权的豁免；第56条关于农产品经营中的联合与协同行为的豁免等。

【例题8-4多选题】 根据反垄断法律的规定，对于特定种类的可豁免垄断协议，经营者应当证明所达成协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。下列各项中，属于上述特定种类的可豁免垄断协议的有（　　）。

A. 为改进技术、研究开发新产品的垄断协议

B. 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益均沾的垄断协议

C. 为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的垄断协议

D. 为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的垄断协议

【答案】 ABC

3. 反垄断执法机构

1）反垄断执法机构的类型

（1）准司法机关。反垄断准司法机关是指在执行反垄断法过程中依法享有准司法权的反垄断专门执法机关。美国的联邦贸易委员会和日本的公正交易委员会就是典型的反垄断准司法机关。美国的联邦贸易委员会虽隶属于总统，但只对国会负责，属于联邦机构。日本的公正交易委员会员隶属于内阁总理大臣，但可以独立行使职权。这两个机构在产生及人员组成上都不同于一般行政机关，具有较高的地位和较强的独立性，在执行反垄断法过程中均依法享有行政权、准司法权和准立法权。

（2）行政机关。反垄断行政机关是指专门从事反垄断执法的行政机构。设立专门的行政机关作为反垄断法执行机构是欧洲大多数国家所采取的做法。具体方式有两种：一是委员会形式，如法国的竞争审议委员会；二是普通行政机关，如德国的卡特尔局。

（3）顾问机关。有些国家的反垄断法还设立了专门的顾问机关，以特定方式参与反垄断法的某些环节的执行。德国的垄断委员会就是最典型的一例。

2）我国《反垄断法》规定的执法制度

（1）执法机构。我国反垄断执法机构的设置实行双层模式。第一，设置只有组织、协调性质的议事机构——国务院反垄断委员会；第二，设置具体负责执法的执行机构——国务院反垄断执法机构，根据工作需要，其可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构，依照规定负责有关反垄断执法工作。

（2）执法职责。国务院反垄断委员会的职责是研究拟定有关竞争政策；组织调查、评估市场总体竞争状况，并发布评估报告；制定发布反垄断指南；协调反垄断行政执法工

作。国务院反垄断执法机构的职权有调查权、审批权、处罚权等。同时我国反垄断执法机构承担的义务包括使用调查措施时的报批义务、调查的告知义务、保密义务、陈述意见核实义务等。

（3）调查程序。根据我国《反垄断法》第六章对涉嫌垄断行为调查的有关规定，反垄断调查程序包括一般程序以及承诺和解释程序两个方面。其中：一般程序包括立案、调查、做出处理决定等步骤；承诺和解释程序则包括中止调查、终止调查、恢复调查等环节。

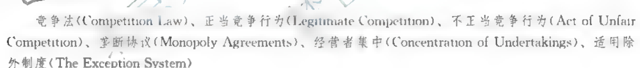
（4）处理程序。根据我国《反垄断法》的相关规定，处理程序可以按照我国处理行政争议的行政调解、行政复议、行政裁决等程序处理，被处罚的当事人对反垄断执法机构的处罚不服，可依法向人民法院提起诉讼，通过诉讼最终解决争议。

（5）法律责任。根据违法行为人的违法行为的不同程度和情节，可以让其承担民事责任、行政责任；情节严重，触犯刑法构成犯罪的，还要追究其刑事责任。

本章小结

《反不正当竞争法》和《反垄断法》是保障经济活动有序进行的法律之一，对促进规范经济行为有着重要作用。本章我们系统地介绍了反不正当竞争法的概念、不正当竞争行为，垄断的概念、基本特征和分类，世界各国反垄断法的立法概况和我国《反垄断法》规定的垄断行为等相关内容，使学生对这两部法律有了基本的了解。

重要概念



竞争法(Competition Law)、正当竞争行为(Legitimate Competition)、不正当竞争行为(Act of Unfair Competition)、垄断协议(Monopoly Agreements)、经营者集中(Concentration of Undertakings)、适用除外制度(The Exception System)

案例分析

2008年9月3日，可口可乐宣布计划以现金收购中国汇源果汁集团有限公司(01886.HK)。可口可乐公司建议收购要约为每股12.20港元，并等价收购已发行的可换股债券及期权。可口可乐现已取得汇源三个股东签署的接受要约不可撤销承诺，三个股东总共拥有汇源66%股份。汇源果汁2007年2月在香港上市，拥有汇源果汁在中国的全部业务。据媒体援引市场调研公司的数据，汇源果汁在中国纯果汁市场占有46%的市场份额，中浓度果汁也占到39.8%的市场份额，是毫无争议的行业龙头，可口可乐旗下的果汁子品牌也占有25.3%，位居第二。两者若合并，将占市场份额70%以上，会对统一等其他企业形成很大的竞争压力。

问题：

(1) 可口可乐的收购行为涉及哪些法律问题？

(2) 按照《反垄断法》的规定，其应如何应对？反垄断调查机构在受理申报后该如何处理？

分析与启示：(1)可口可乐的收购行为涉及《反垄断法》中的经营者集中。

(2) 可口可乐并购汇源的经营者集中行为达到了向国务院反垄断执法机构申报的标准，应事先进行

申报。反垄断执法机构应自收到经营者提交的符合规定的全部文件、资料之日起30日内，对申报的经营者集中进行初步审查，做出是否实施进一步审查的决定，并书面通知经营者。《反垄断法》第26条规定，反垄断执法机构决定实施进一步审查的，应自决定之日起90日内审查完毕，做出是否禁止经营者集中的决定，并书面通知经营者；做出禁止经营者集中的决定，应当说明理由。审查期间，经营者不得实施集中。

课后习题

一、简答题

1. 竞争法的作用是什么？
2. 我国《反不正当竞争法》规定的不正当竞争行为有哪些？
3. 我国《反垄断法》规定的垄断形式有哪些？

二、不定项选择题

1. 甲欲买"全聚德"牌的快餐包装烤鸭，临上火车前误购了商标不同而外包装十分近似的显著标明名称为"仝聚德"的烤鸭，遂向"全聚德"公司投诉。"全聚德"公司发现，"仝聚德"烤鸭的价格仅为"全聚德"的1/3。如果"全聚德"起诉"仝聚德"，其纠纷的性质应当是(　　)。

A. 诋毁商誉的侵权纠纷　　B. 低价倾销的不正当竞争纠纷
C. 欺骗性交易的不正当竞争纠纷　　D. 企业名称侵权纠纷

2. 下列属于正常竞争行为的是(　　)。

A. 季节性降价　　B. 擅自使用他人的企业名称
C. 对商品质量作引人误解的虚假表示　　D. 在商品上伪造认证标志

3. 甲酒店向该市出租车司机承诺，为酒店每介绍一位客人，酒店向其支付该客人房费的20%作为奖励，与其相邻的乙酒店向有关部门举报了这一行为。有关部门调查发现，甲酒店给付的奖励在公司的账面上皆有明确详细的记录。甲酒店的行为属于(　　)。

A. 正当的竞争行为　　B. 商业贿赂行为
C. 限制竞争行为　　D. 低价倾销行为

4. 某市甲、乙两厂均生产一种"记忆增强器"产品。甲厂产品的质量比乙厂产品好得多，因而其市场占有率远远高于乙厂。王某是甲厂技术人员。乙厂为提高本厂的市场占有率，付给王某一大笔"技术咨询费"，获取其提供的甲厂技术秘密。乙厂运用这些技术对自己的产品进行了改进。同时，乙厂在本市电视台发布广告，声称本厂生产的记忆增强器功效迅速、质量可靠，其他厂家生产的同类产品质量无保证，呼吁消费者当心。另外，乙厂还以高额回扣诱使本市几家大型商场的购货人员不再采购甲厂产品。本市消费者李某等人在使用乙厂产品一段时间后，不仅记忆力没有增强，反而出现了神经衰弱症状。李某等人在电视台的协助下，向乙厂反映了情况。乙厂随后发现，王某提供的甲厂技术资料缺少几项关键技术，致使乙厂产品存在质量缺陷。乙厂的下列行为中，构成不正当竞争的是(　　)。

A. 向甲公司的工作人员行贿，以获得甲厂的技术秘密
B. 向本市大型商场的购货人员行贿，使他们只采购本厂产品

C. 在电视广告中发布使人误解的虚假宣传

D. 在电视广告中散布虚假事实，损害竞争者的商品信誉

5.(题干同上题)下列对于王某行为的表述，正确的是(　　)。

A. 王某未完整提供甲厂技术资料而获取乙厂重金，构成诈骗罪

B. 甲厂可以解除与王某的劳动合同，并且无须提前通知王某

C. 甲厂有权要求王某赔偿损失

D. 乙厂有权要求王某返还“技术咨询费”

6. 下列不是垄断协议的是(　　)。

A. 家乐福和沃尔玛约定：前者占北京市场，后者占天津市场

B. 乙医药连锁超市和甲药厂约定：前者只按照某最低价格从后者进货

C. 甲药厂和乙医药连锁超市约定：后者出售前者的某种专利药品只能按某价格出售

D. 甲药厂和乙医药连锁超市约定：后者出售前者的某种专利药品最高按某价格出售

7. 假设某商场在促销乙厂的“压力锅”时，谎称商场要转产歇业，所售产品的销售价是“跳楼价”，下列表述中正确的是(　　)。

A. 该商场违反了《反不正当竞争法》关于禁止低价倾销的规定

B. 该商场违反了《消费者权益保护法》关于禁止欺诈经营的规定

C. 该商场违反了《反不正当竞争法》给予禁止作引人误解虚假宣传的规定

D. 该商场违反了《民法通则》和《合同法》规定的诚实信用原则

8. 对于违反《反垄断法》实施集中的经营者，国务院反垄断执法机构可以采取的措施有(　　)。

A. 责令停止实施集中　　B. 限期处分股份或者资产

C. 限期转让营业　　D. 处以罚款

9. 不正当竞争行为的监督检查部门是(　　)。

A. 工商行政管理部门

B. 法律、行政法规规定的行政执法机关

C. 各级政府

D. 人民法院

10. 反垄断执法机构的类型有(　　)。

A. 顾问机关　　B. 行政机关

C. 准司法机关　　D. 立法机关

三、案例分析题

甲市A厂、B厂都生产同种产品，A厂的市场信息来源不足，销售发生困难，而B厂生产的同类产品市场信息多，销售情况好。由于B厂对其经营信息采取了保密措施，A厂无法从公开渠道直接获取其经营信息。A厂为获取B厂的经营信息尤其是客户名单，在B厂附近租用了一间小屋，安装了自制窃听装置。从2011年6月初开始，A厂厂长派本厂两名职工通过电信线路，对B厂销售科电话内容进行窃听、录音，到7月中旬，共获取B厂经销信息300多条，其中有价值的客户20多家。在获得该名单后，A厂逐一与B厂的客户进行联系，并采取低于B厂报价的方式与其中10家单位做成了业务，共推销本厂产品15台。

问题：A厂行为属于哪种不正当竞争行为？如何处理？

第9章 证 券 法

学习目标

通过本章的学习，要求学生了解证券及证券法的概念和调整对象；熟悉证券法的基本原则，证券发行和证券交易的规则；掌握上市公司收购制度。


课前案例

某公司甲的发起人决定以非公开发行股份方式设立某公司甲。但为了能募集更多的资金，甲公司的发起人利用散发募集资金宣传单、召开投资推介会、在地方电视台进行“公司”形象宣传等方式，最终共确定了250个出资人。

请分析回答：

(1) 甲公司的股份发行方式是公开发行还是非公开发行？为什么？

(2) 其发行方式是否合法？为什么？

9.1 证券法概述

9.1.1 证券概述

1. 证券的概念

证券是在专用纸张或者其他载体上，以文字、图形等方式记载并代表一定权利的凭证的统称，是民事权利及其载体的结合物。

证券有广义和狭义之分。广义的证券，是指一切证明持券人享有一定的经济权益的书面凭证，包括资本证券(如股票、公司证券、投资基金份额等)、货币证券(如支票、本票、汇票等)和商品证券(如提单、货运单等)。而狭义的证券仅指资本证券。在《中华人民共和国证券法》中所说的证券指的是狭义的证券，其调整对象为资本证券。

2. 证券的特征

(1) 证券是具有投资属性的凭证。证券是投资者权利的载体，投资者的权利是通过证券记载，并凭借证券获取相应收益的。

(2) 证券是证明持券人拥有某种财产权利的凭证。证券是一种有待证实的资本，证券

虽然可以在兑现前为持券人带来不特定的或约定的收益，但是证券本金的投资回报还须视股票市场行情状况或义务人的经济状况而定。

（3）证券是一种可以流通的权利凭证。即证券具有可转让性和变现性，其持有者可以随时将证券转让出售，以实现自身权利。

3. 我国证券法中的证券

目前，在现实生活中证券种类繁多、范围广泛，各国证券法调整的证券只是证券中的一部分，而根据《中华人民共和国证券法》第2条的规定，我国证券法所调整的证券包括股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券。

1）股票

股票是指股份有限公司签发的、证明股东所持股份的凭证。股票也是股东地位的证明，股东对公司享有管理、资产收益等多种权利。

2）公司债券

公司债券时指公司依照法定程序发行的，约定在一定期限内还本付息的有效证券，符合条件的股份有限公司或有限责任公司发行的公司债券。这类债券代表着持有人与公司之间的债权债务关系，持有人有权按照约定的期限收回本息，但不享有公司的经营管理权。

3）政府债券

政府债券是指由中央政府或者地方政府为筹集财政资金或建设资金，而凭借其信用，按照一定程序向投资者放行的，承诺到期还本付息的格式化的债权债务凭证。政府债券因以政府信用担保而发行的，信誉度高，故又称为“金边债券”，但利率低于其他证券。

4）认股权证

是股份有限公司给予持证人的无限期或在一定期限内，以确定价格购买一定数量普通股份的权利凭证。这是持证人认购公司股票的一种长期选择权，它本身不是权利证明书，其持有人不具备股东资格。但认股权证能依法转让，给持有人带来很大收益，因而也是一种有价证券。

5）基金券

或称基金受益凭证，是证券投资信托基金发给投资者，用以记载投资者所持基金单位数的凭证。投资者按其所持基金券在基金中所占的比例来分享基金盈利、分担基金亏损。与股票、债券相比，基金券是一种无面额证券，它的持有人一般不直接参加对基金的管理，基金的具体业务活动由经理公司承担，亦即“专家理财”，相对而言风险也较小。

【例题9-1单选题】 下列关于股票和公司债券法律制度特征的表述中，不正确的是（　　）。

A. 股票和公司债券都属于有效证券

B. 公司债券持有人在公司破产时，优先于股票持有人得到清偿

C. 发行股票和发行公司债券有不同的法律要求

D. 公司债券持有人和股票持有人均与公司之间形成债券债务关系

【答案】 D

9.1.2 证券法概述

1. 证券法的概念

证券法是调整证券发行、交易等活动中，以及国家在管理证券机构和管理证券的发

行、交易等活动的过程中，所发生的社会关系的法律规范的总称。证券法所调整的社会关系，既有证券发行人、证券投资人和证券商之间的平等的证券发行关系、交易关系、服务关系，又有证券监督管理机构对证券市场参与者进行领导、组织、协调、监督等活动过程中所发生的纵向监管关系，是两者的统一体。

证券法有广义和狭义之分。广义的证券法是指一切有关证券发行、交易及其监督管理关系的法律规范的总称。而狭义的证券法是指证券法典，在我国是指 1998 年 12 月 29 日第九届全国人大常委会第六次会议通过的《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）。

2. 证券法的调整对象

法律的调整对象是指法律要促进、限制或保护的社会关系的范围。证券法的调整对象是证券关系。所谓证券关系是指因证券的发行、交易、监管及其他相关活动而产生的社会关系。证券法调整的证券关系具体包括以下几方面内容：

1）证券发行关系

证券发行是指证券发行人以筹集资金为目的，将证券出售给投资者的行为。证券发行关系是指证券发行人、证券主管机关、证券经营机构、证券投资人等证券法律关系主体在证券发行过程中形成的社会关系。

2）证券交易关系

证券交易关系是指证券投资者在证券市场上转让证券或采取其他方式处置证券而与其他投资者发生的交易关系。证券交易关系以证券买卖关系为主要形式，还包括证券质押关系、赠予关系、继承关系及其他以证券为标的的交易关系。在证券市场活动中，最频繁最活跃和风险最集中的是证券交易行为，故而证券交易关系是证券法的主要调整对象。

3）证券监督管理关系

证券监督管理关系是指证券主管机关和证券自律管理组织对证券和证券活动进行组织、协调、监督、管理过程中产生的各种社会关系。我国实行以中国证监会集中统一管理为主，证券交易所和证券业协会自律管理为辅的证券管理体制。

证券法所调整的证券关系的内容，实际包括以下两个方面：

（1）平等主体之间的证券发行、交易关系。

（2）证券监督管理关系，即国家对证券市场进行监督管理和证券业自律管理关系。

9.1.3 证券法的基本原则

证券法的基本原则是证券法的基本精神的体现，是证券发行、交易及其管理活动必须遵循的最基本的准则。它贯穿于证券立法、执法和司法活动过程的始终。按照《证券法》的规定，我国证券法的基本原则有以下六个：

1. 公开、公平、公正原则

公开原则是证券发行和交易制度的核心，它要求证券发行者必须依法将与证券有关的一切真实情况予以公开，以供投资者投资决策时参考。只有以公开为基础，才能实现公平和公正。公平原则是指在证券发行和交易活动中，发行人、投资人、证券商和证券专业服务机构的法律地位完全平等，其合法权益受到同等保护。公正原则是指证券监管机关和司

法机构在履行职责时，应当依法行使职责，对一切主体给予公正的待遇。

2. 自愿有偿、诚实信用的原则

这一原则是指证券发行与交易活动的当事人应当遵守市场活动规则，自愿有偿、诚实信用，实事求是地履行自己所承担的义务，不得有任何证券欺诈行为。

3. 合法原则

《证券法》第5条规定："证券发行、交易活动，必须遵守法律、行政法规；禁止欺诈、内幕交易和操纵证券交易市场的行为。"这体现了证券发行、交易活动必须依法进行的原则。

4. 分业经营、分业管理的原则

分业经营、分业管理的原则是我国金融法的基本原则，也是我国证券法的基本原则。《证券法》第6条明确规定："证券业和银行业、信托业、保险业实行分业经营、分业管理。证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立。"

5. 保护投资者合法权益的原则

证券市场的发展必须依靠社会公众的支持，投资者的热情和信心是证券市场稳健发展的重要保证。因此，保护投资者合法权益应成为我国证券法的基本原则。我国《证券法》第1条"立法宗旨"将保护投资者合法权益放在首要位置，并在整部法律中规定了信息披露、禁止证券欺诈行为等制度和规范，都体现了保护投资者合法权益的原则。

6. 国家集中统一监管与行业自律相结合的原则

《证券法》第7条规定：国务院证券监督管理机构依法对全国证券市场实行集中统一监督管理。国务院证券监督管理机构根据需要可以设立派出机构，按照授权履行监督管理职责。在国家对证券发行、交易活动实行集中统一监督管理的前提下，依法设立证券业协会，实行自律性管理。国家审计机关对证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券监督管理机构，依法进行审计监督。

9.1.4 证券市场参与者

1. 证券市场与证券市场参与者

1）证券市场

证券市场有狭义和广义之分。狭义的证券市场是指证券发行和交易的场所；广义的证券市场是指一切以证券为对象的交易关系的总和。

从纵向上，可以将证券市场划分为发行市场和交易市场。证券发行市场又称为"一级市场"，指发行人以募集资金为目的，按照一定的法律规定和发行程序，向投资者出售证券所形成的市场。证券交易市场又称为"二级市场"，指已发行的证券通过买卖交易实现流通转让的场所。证券在完成发行市场上的发行后即进入交易市场，这是一个具有连续性的过程。

从横向上，证券市场可以划分为股票市场、债券市场、基金市场等子市场。股票市场是股票发行和买卖交易的场所，股票市场的发行人为股份有限公司。债券市场是债券发行和买卖交易的场所，债券的发行人有中央政府、地方政府、金融机构、公司和企业。基金

市场是基金证券发行和流通的市场，封闭式基金在证券交易所挂牌交易，开放式基金通过投资者向基金管理公司申购和赎回实现流通的。

2）证券市场参与者

（1）证券发行人。证券发行人指为筹措资金而发行债券、股票等证券的政府机构、金融机构、公司和企业。证券发行人是证券发行的主体。证券发行是把证券向投资者销售的行为，可以由发行人直接办理，称之为直接发行；也可以由中介机构代办发行。直接发行是比较特殊的发行行为，比较少见，市场上的发行行为多为间接发行。

（2）证券投资者。证券投资者是证券的购买者，是证券市场上的资金供给者。证券投资者可分为个人投资者和机构投资者两大类。个人投资者是指从事证券投资的自然人，他们是证券市场最广泛的投资者，其主要投资目的是追求盈利，谋求资本的保值和增值，十分重视基本金的安全和资产的流动性。机构投资者包括企业、商业银行、非金融机构(如养老基金、保险基金、证券投资基金)等，相对于中小投资者而言拥有资金、信息、人力等优势，能影响某一证券价格变动。

（3）其他参与者。证券市场是一个高度发达的市场，除了投资者和发行人外，还有另外三类不可或缺的主体，即证券市场中介机构、自律性组织和证券监管机构。其中，证券中介机构是指证券公司，证券登记结算结构和资产评估机构、审计机构等；证券自律性组织主要是指证券交易所和证券业协会；证券监管机构主要是指政法设立的监管组织，我国证券监管机构为中国证监会。

2. 证券公司

1）证券公司概述

证券公司是指符合《公司法》和《证券法》规定的设立条件，经证券监督管理机构批准从事证券经营业务的有限责任公司或股份有限公司。根据《证券法》规定，证券公司可以采取有限公式或股份公司形式，但不得采取其他组织形式。

《证券法》第6条规定，证券业和银行业、信托业、保险业实行分业经营、分业管理，证券公司与银行、信托、保险业务结构分别设立。该法第125条规定，经国务院证券监督管理机构批准，证券公司可以经营下列部分或者全部业务：①证券经纪；②证券投资咨询；③与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问；④证券承销与保荐；⑤证券自营；⑥证券资产管理；⑦其他证券业务。

【例题9-2单选题】 下列关于证券公司的表述中，错误的的一项是(　　)。

A. 证券公司是以盈利为目的的企业法人

B. 证券公司分为经纪类证券公司和综合类证券公司

C. 证券公司可以设立分支机构

D. 证券公司不能进入证券的发行市场

【答案】 D

2）证券公司的设立、变更与终止

（1）证券公司的设立。在我国，证券公司的设立有着严格的审批制度。《证券法》第122条规定，设立证券公司，必须经国务院证券监督管理机构审查批准。未经国务院证券监督管理机构批准，任何单位和个人不得经营证券业务。该法124条规定，设立证券公司，应当具备以下条件：①有符合法律、行政法规规定的公司章程；②主要股东具有持续

盈利能力，信誉良好，最近3年无重大违法违规记录，净资产不低于人民币2亿元；③有符合《证券法》规定的注册资本；④董事、监事、高级管理人员具任职资格，从业人员具有证券从业资格；⑤有完善的风险管理与内部控制制度；⑥有合格的经营场所和业务设施；⑦法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。另外，证券公司必须在其名称中标明"证券有限责任公司"或者"证券股份有限公司"字样。

（2）证券公司的变更。证券公司的变更是指经中国证监会审批的证券公司名称、住所、业务范围、注册资本，公司形式、股东、实际控制人等事项发生变动。这些事项的变动，有的不必经过中国证监会批准，而直接变更，有的则需要事先向中国证监会申请，经批准后才能变更，为经批准则不得实施。《证券法》第129条规定："证券公司设立、收购或者撤销分支机构，变更业务范围或者注册资本，变更持有5%以上股权的股东、实际控制人，变更公司章程中的重要条款，合并、分离、变更公司形式、停业、解散、破产，必须经国务院证券监督管理机构批准。证券公司在境外设立、收购或者参股证券经营机构，必须经国务院证券监督管理机构批准。"

（3）证券公司的终止。证券公司的终止是指已经获批成立的证券公司，因一定事由的发生而丧失其民事主体资格，不再具有民事权利能力与行为能力的状态。导致证券公司终止的事由有三种情形：①自行解散。证券公司可因其规章规定的解散事由出现而决定自行解散，但自行解散必须经中证监会批准，证券公司一经解散，其主体资格即行消失；②中国证监会依法予以撤销。在证券公司存续期间，如发生严重违法行为，中国证监会可以取消其经营证券业务资格；③依法被宣告破产。如果证券公司的资产不能清偿到期债务，人民法院可以根据债权人或债务人的申请，依法宣告其破产。

3. 证券监督管理机构

1）证券管理机构的概念

证券管理机构是指证券业中实行行业监管的行为主体。《证券法》中所指的"证券监督管理机构"是指中国证券监督管理委员会，简称中国证监会。中国证监会为国务院直属事业单位，是全国证券期货市场的主管部门。

2）证券监督管理机构的职权

证券监督管理机构，作为证券市场的监督和管理机构，应当依法行使职权，《证券法》规定了证券监督管理机构在实施证券市场监督管理过程中的多项职权，大致可以概括为以下几类：

（1）依法制定规范性文件。国务院证券监督管理机构作为证券市场的监督和管理机关，对证券业依法行使行政管理权。《证券法》赋予证券监督管理机构依法制定有关证券市场监督管理的规章、规则的权利。证券监督管理部门在行使这项权利时，应依据法律、行政法规或国务院相关规定，在授权的范围内制定有关证券市场监督管理的规范性文件。

（2）对进入证券市场的主体及其活动实行审批核准权。审批核准权是一种行政许可行为。根据《证券法》，证券监督管理机构的行政许可权主要表现在审批权，即有关发行股票、证券在境内外上市交易、股票上市、证券的发行、公司债券上市交易、证券公司的设立、证券登记结算机构的设立、申请歇业、解散等需经国务院审查批准或核准的，要其行使审批权。

(3) 对证券市场的活动和从事证券业务的机构行使监督管理权。对证券市场的活动进行监督管理，包括对证券的发行、交易、托管、登记、结算以及对证券发行和交易中信息公开情况进行监督管理。

对从事证券业务的机构实行监督管理权，主要指对证券发行人、上市公司、证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券投资基金管理机构、证券投资咨询机构、资信评级机构、资产评估机构以及从事证券业务的律师事务所、会计事务所等社会中介机构的业务活动进行监督管理。

(4) 对证券违法行为行使行政处罚权。《证券法》赋予了证券监督管理机构对违反证券市场管理法律、行政法规的行为行使行政处罚权。但行政处罚权必须依法行使，除了依据有关证券市场管理的法律、法规外，还要依照《行政处罚法》关于行政处罚范围、行政处罚程序的规定。

此外，证券监督管理机构对证券业协会的活动应当进行指导和监督，促使其正确履行职责，完成对证券行业的自律监管。

4. 证券交易所

1) 证券交易所的概念

证券交易所是指依据国家有关法律，经政府证券主管机关批准设立的集中进行证券交易的有形场所。证券交易所是证券交易的核心，是一个高度组织化、集中进行证券交易的市场，交易所本身不买卖证券，也不决定证券价格，而是为证券交易提供一定场所和设施，配备必要的管理和服务人员，并对证券交易进行严格的管理。

2) 证券交易所的组织机构

根据我国《证券法》的相关规定，我国证券交易所设会员大会、理事会、总经理和专门委员会。

(1) 会员大会。会员大会是证券交易所的最高权力机构，每年至少召开一次，会员大会的职权时制定证券交易所章程；选举和罢免理事；审议、通过理事会、总经理的工作报告；审议、通过证券交易所财务预算、预算报告；决定证券交易所的其他重大事项。

(2) 理事会。理事会对会员大会负责，是证券交易所的决策结构，每届任期为三年。理事会的职责包括：执行会员大会的决议；拟定、修改证券交易所的业务规则；聘任总经理和根据总经理的提名聘任副总经理；审定总经理提出的工作计划、财务预算及决算方案；审定对会员的接纳与处分；根据需要决定专门委员会的设置等。

(3) 总经理。证券交易所设总经理一人，由国务院证券监管机构任免，总经理为证券交易所的法定代表人；设副总经理一至三人；总经理与副总经理的任期为3年。总经理在理事会的领导下负责证券交易所的日常管理工作。

(4) 专门委员会。证券交易所可根据需要设立专门委员会，如证券发行审核委员会，监察委员会等。上市委员会由13名委员组成，任期每届3年，主要职责为监察理事、总经理等高级管理人员执行会员大会、理事会决议的情况；监察理事、总经理及其他人员遵守法律、法规和证券交易所章程、业务规则的情况；监察证券交易所的财务情况等。

3) 证券交易所的设立和解散

(1) 证券交易所的设立。对于证券交易所的设立有两种不同的管理制度：一是特许制，指证券交易所的设立必须经证券主管部门的批准，该制度以日本为代表；二是登记

制，即证券交易所的设立需要向证券主管部门登记，该制度以美国为代表。我国证券交易所的设立属于特许制。根据我国《证券法》的规定，证券交易所的设立，由国务院决定；设立证券交易所必须制定章程，证券交易所章程的制定和修改，必须经国务院证券监督管理机构批准。

我国目前有上海证券交易所和深圳证券交易所两个交易所。

（2）证券交易所的解散。根据我国《证券法》的规定，证券交易所的解散，由国务院决定。证券交易所的解散有两种情形：一是自愿解散，即出现章程规定的解散事由，由会员大会决议解散，报证券主管部门批准；二是强制解散，即因违法行为而被证券主管部门作出解散的决定。

5. 证券业协会

1）证券业协会概述

中国证券业协会是依据《证券法》和《社会团体登记管理条例》的有关规定设立的证券业自律性组织，属于非营利性社会团体法人，接受证监会和国家民政部的业务指导和监督管理。我国《证券法》规定，证券业协会是证券业自律性组织，是社会团体法人。这一规定就表明：①证券业协会员具有法人资格，具有民事权利能力和民事行为能力，以自己独立的财产承担民事责任，其会员对证券业协会的民事行为不承担连带责任。②证券业协会是由具有特定资格的会员所组成，相当于“社团”，是人的组合，而非财产的集合。③证券业协会是非营利性组织，旨在为协会会员提供有关服务，协调会员之间的关系，不得从事营利性或经营性活动，收取的费用和收入不得向会员进行分配。④证券业协会必须依法办理注册登记手续，我国《社会团体登记管理条例》对社会团体法人登记条件、程序、名称使用、登记事项、章程、资产及财务制度等的规定，都适用于证券业协会。

根据《证券法》规定，证券业协会的权力机构为会员大会，会员大会由全体会员组成，依照协会章程决定协会重大事宜。证券业协会设理事会，理事会成员依章程的规定通过选举产生。理事会是证券业协会的常设性机构，负责管理协会的日常业务及活动。

2）证券业协会的职责

证券业协会应履行《证券法》及相应的行政法规、证监会规范性文件所规定的职责。具体职责如下：

（1）《证券法》规定的职责。《证券法》第176条以列举方式，将证券业协会的主要职责归纳如下：①教育和组织会员遵守证券法律、行政法规；②依法维护会员的合法权益，向证券监督管理机构反映会员的建议和要求；③收集整理证券信息，为会员提供服务；④制定会员应遵守的规则，组织会员单位的从业人员的业务培训，开展会员间的业务交流；⑤对会员之间、会员与客户之间发生的证券业务纠纷进行调解；⑥组织会员就证券业的发展、运作及有关内容进行研究；⑦监督、检查会员行为，对违反法律、行政法规或者协会章程的，按照规定给予纪律处分；⑧证券业协会章程规定的其他职责。

（2）行政法规、证监会规范性文件规定的职责。协会依据行政法规、中国证监会规范性文件规定，行使下列职责：①制定自律规则、执业标准和业务规范，对会员及其从业人员进行自律管理；②负责证券业从业人员资格考试、认定和执业注册管理；③负责组织证券公司高级管理人员资质测试和保荐代表人胜任能力考试，并对其进行持续教育和培训；④负责做好证券信息技术的交流和培训工作，组织、协调会员做好信息安全保障工作，对

证券公司重要信息系统进行消息安全风险评估，组织对交易系统事故的调查和鉴定；⑤负责制定代办股份转让系统进行规则，监督证券公司代办股份转让业务活动和信息披露等事宜；⑥行政法规、中国证监会规范性文件规定的其他职责。

（3）自律管理职责。协会依据行业规范发展的需要，行使其他涉及自律、服务、交流的自律管理职责：①推动行业诚信建设，督促会员依法履行公告义务，对会员信息披露的诚信状况进行评估和检查；②制定证券从业人员职业标准，组织证券从业人员水平考试和认定；③组织开展证券业国际交流与合作，代表中国证券业加入相关国际组织，推动相关资质互认；④其他自律、服务、交流职责。

9.2 证券的发行

9.2.1 证券发行概述

1. 证券发行的概念

证券发行是证券进入市场的初始阶段，因此证券发行又称为证券的一级市场。证券发行有广义和狭义之分。广义的证券发行，是指符合发行条件的商业组织或政府组织（发行人），以筹集资金为目的，依照法律规定的程序向公众投资者出售代表一定权力的资本证券的行为。狭义的证券发行，指发行人在所需资金筹集后，做成证券并交付投资人受领的单方行为。通常所说的证券发行是指广义的证券发行。证券发行本质上是一种直接融资方式，与通过银行等金融机构进行的间接融资方式相对应。

2. 证券发行的分类

根据不同的划分标准，证券发行可分为不同的类型。

（1）公开发行和非公开发行。根据证券发行的对象不同，证券发行分为公开发行和非公开发行。公开发行又称为公募发行，是指发行人面向社会公众，即不特定的公众投资者进行的证券发行。证券公开发行必须严格遵循《证券法》的有关信息披露的规定。非公开发行又称为私募发行，指向少数特定的投资者进行的证券发行。有下列情形之一的，为公开发行：一、向不特定对象发行的证券的；二、向特定发行对象发行证券累计超过200人的；三、法律、行政法规规定的其他发行行为。非公开发行证券，不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。

（2）设立发行和增资发行。根据证券发行的目的不同，证券发行又可分为设立发行和增资发行。设立发行是指为成立新的股份有限公司而发行的股票；增资发行是为增加已有公司的资本总额或改变其股本结构而发行新股。增发新股，既可公开发行，也可以采取配股或赠股的形式。

（3）直接发行和间接发行。根据证券发行的方式不同，证券发行可分为直接发行和间接发行。直接发行是指证券发行人不通过证券承销机构，而自行承担证券发行风险，办理证券发行事宜的发行方式。间接发行是指证券发行人委托证券承销机构发行证券，并由证券承销机构办理证券发行事宜，承担证券发行风险的发行方式。

（4）平价发行、溢价发行和折价发行。根据证券发行价格与证券票面金额之间的关

系，证券发行还可以分为平价发行、溢价发行和折价发行。平价发行又称面价发行或等价发行，指证券发行时的发行价格与票面金额相同的发行方式。溢价发行指证券发行时的发行价格超过票面金额的发现方式。折价发行又称为贴现发行，指证券发行时的发行价格低于票面金额的发行方式。根据我国《公司法》的规定，股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。可见，股票平价发行和溢价发行在我国是允许的，折价发行是被禁止的，以保障公司资本的充足。《证券法》还规定了股票发行采取溢价发行的，其发行价格由发行人与承销的证券公司协商确定。

9.2.2 股票发行的条件与程序

1. 股票发行的条件

股票的发行人必须是经批准拟成立的股份有限公司或者已设立的股份有限公司。股票的发行分为设立发行和新股发行。

1）设立发行的条件

设立发行，是指发起人通过发行过公司股票来筹集资本，成立股份有限公司的行为。根据《公司法》的规定，公司的设立分为发起设立和筹集设立，因此股票设立发行也分为发起设立和筹集发行。由于公司发起设立的股票发行对象是发起人，因而《公司法》第77条规定的条件也就是设立发行的条件。筹集设立时，根据《公司法》和国务院颁布的《股票发行与交易管理暂行条例》第8条规定，设立股份有限公司申请公开发行股票的，应当符合以下条件：①公司的生产经营法和国家的产业政策；②公司发行的普通股仅限一种，同股同权；③发起人认购的股本数额不少于公司拟发行的股本总额的35%；④在公司拟发行的股本总额中，发起人认购的部分不少于人民币3 000万元，但是国家另有规定的除外；⑤向社会公众发行的部分不少于公司拟发行的股本总额的25%，其中公司职工认购的股本数额不得超过拟向社会公众发行的股本总额的10%；⑥证券监督管理机构规定的其他条件。

2）新股发行的条件

新股发行，是指已成立的股份有限公司为了增加资本而向社会公开出售新股的行为。公司公开发行新股除应符合公司设立时发行股票的条件外，还应符合以下条件：①具备健全且运行良好的组织机构；②具有持续盈利能力，财务状况良好；③最近3年内财务会计稳健无虚假记载，无其他重大违法行为；④经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

上市公司非公开发行新股，应当符合经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的条件，并报国务院证券监督管理机构核准。

公司对公开发行股票所募集资金，必须按照招股说明书所列资金用途使用。改变招股说明书所列资金用途，必须经股东大会作出决议。擅自改变用途而未做纠正的，或者未经股东大会认可的，不得公开发行新股。

2. 股票发行的程序

股票发行的程序一般要经过决议、申请、核准、公告、承销、登记和备案等步骤。

1）决议

公司发行新股，股东大会应当对下列事项作出决议：①新股种及数额；②新股发行价格；③新股发行的起止日期；④向原有股东发行新股的种类及数额。

2）申请

设立股东有限公司公开发行股票，发行人应当向国务院证券监督管理机构报送募股申请和《证券法》第12条规定的6个文件。依照《证券法》规定聘请保荐人的，还应当报送保荐人出具的发行保荐书。申请文件的格式、报送方式，由依法负责核准或者审批的机构或者部门规定。申请文件必须真实、准确、完整。

3）核准

国务院证券监督管理机构设发行审核委员会，依法审核股票发行申请。核准程序如下：

(1) 受理申请文件。证监会收到申请文件后在5个工作日内作出是否受理的决定。

(2) 初审。证监会受理申请文件后，对发行人申请文件的合规性进行初审。

(3) 发行审核委员会审核。发行审核委员会以投票的方式对股票发行申请进行表决，提出审核意见。

3. 股票发行的价格

股票发行可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。股票发行采取溢价发行的，其发行价格由发行人与承销的证券公司协商确定。

4. 股票发行的方式

公开发行(也叫作公募发行)股票的通常采用间接发行方式，不公开发行(也称为私募发行)股票的通常采用间接发行方式。

【例题9-3多选题】 某上市公司公开发行新股，其实施的下列行为中，不符合法律关于股票发行规定的有(　　)。

A. 拟向原股东配售股份数量为本次配售股份前股本总额的40%

B. 以超过股票票面金额的价格发行股票

C. 因公司经营状况欠佳，公司的股东大会决议发行新股

D. 除两年前财务会计稳健有一次虚假记载外，无其他重大违法行为

【答案】 ACD

9.2.3 公司债券发行制度

1. 债券概述

债券，是指有法定资格的发行人为筹措资金，依法定条件和程序发行的，约定在一定期限内还本付息的有价证券。债券根据其发行主体不同，可分为公司债券、政府债券和金融债券；根据其偿还期限的长短，可分为短期债券、中期债券和长期债券；按其发行方式不同，可分为公募债券和私募债券；按其发行地区，可分为本国债券和国际债券。

债券作为一种有价证券，除具有证券的证明性、收益性、流通性等一般特征外，还有其独有的两个特征。

1）偿还性

债券发行时就已规定了具体的偿还期限和利率付息。

2）安全性

相对于股票而言，债息是固定的，与发行人的业绩没有直接关系，收益稳定，风险小。

2. 公司债券发行的条件与程序

根据我国《公司法》《证券法》以及其他行政法规和规章的规定，我国现阶段公司债券发行可以分为普通公司债券发行和上市公司可转换公司债券发行两类。现行立法对其他条件和程序作出了比较详细的规定。

1）普通公司债券发行的条件和程序

（1）普通公司债券发行的条件。根据《证券法》第16条和第18条的规定，公开发行公司债券，须同时满足两个方面的条件，即积极条件和消极条件。

积极条件也就是必须具备的条件，其包括：①股份有限公司净资产不低于3 000万元，有限责任公司净资产不低于6 000万元；② 累计债券余额不超过公司净资产的40％；③ 最近3年平均可分配利润足以支付公司债券1年的利息；④筹集的资金投向符合国家的产业政策；⑤债券的利率不超过国务院限定的利率水平；⑥国务院规定的其他条件；⑦公开发行公司债券筹集的资金，必须用于核准的用途，不得用于弥补生产性支出。

消极条件则是指不得存在的情况，其包括：①前次公开发行的公司债券尚未募足的；② 对已公开发行的公司债券或者其他债务有违约或延迟支付本息的事实，仍处于继续状态的；③ 违反《证券法》规定，改变公开发行公司债券所募资金的用途的。

《证券法》第17条，对申请公开发行公司债券需向国务院授权部门或国务院证券监督管理机构报送的文件进行了规定：①公司营业执照；② 公司章程；③ 公司债券募集办法；④资产评估报告和验资报告；⑤国务院授权的部门或者国务院证券监督管理机构规定的其他文件；⑥依照《证券法》规定聘请保荐人的，还应当报送保荐人出具的发行保荐书。

（2）普通公司债券发行的程序。

① 公司董事会就发行公司债券作出决议。普通公司申请发行公司债券，董事会需依法就本次公司债券发行的方案、募集资金使用的可行性报告、前次募集资金使用报告及其他必须明确的事项等作出决议，并获得股东大会批准。

② 公司股东大会就发行公司债券作出决议。

③ 准备发行文件。普通公司申请公开发行公司债券，应当由保荐人保荐，并向中国证监会申报。保荐人应当按照中国证监会的有关规定编制发行文件。

④ 发行申请。保荐人应当按照中国证监会的有关规定发行申请文件。证券发行申请未获核准的普通公司，自中国证监会作出不予核准的决定之日起6个月后，可再次提出发行申请。

⑤ 发行审核。国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门，应当在自受理证券发行申请文件之日起3个月内，依照法定条件和程序作出予以核准或者不予核准的决定，发行人根据要求补允、修改申请文件的时间，不计算在内；不予核准的，应书面告知理由。

⑥ 公告公开发行募集文件。证券发行申请经核准，发行人应当依照法律、行政法规

的规定，在证券公开发行前，公告公开发行募集文件，并将该文件置备于指定场所供查阅。

⑦ 正式发行公司债券。自中国证监会核准发行之日，普通公司应在6个月内发行公司债券；超过6个月未发行的，核准文件失效，须经中国证监会重新核准后方可发行。

2）上市公司可转换公司债券发行的条件和程序

（1）上市公司可转换公司债券发行的条件。关于转换公司债券的发行条件，根据《证券法》及《上市公司证券发行管理办法》的规定，可归纳为以下几点：①该上市公司具备发行股票的条件；②该上市公司具备发行普通债券的条件；③可转换公司债券的期限最短为1年，最长为6年；④可转换公司债券，每张面值为100元，其利率由发行人与主承销商协商确定，但必须符合国家的有关规定；⑤公开发行可转换公司债券，应当委托具有资格的资信评级机构进行信用评级；⑥公开发行可转换公司债券，应当约定保护债券持有人权利的办法，以及债券持有人会议的权利、程序和决议的生效条件；⑦公开发行可转换公司债券，应当提供担保。但最近一期末经审计的净资产不低于15亿元的公司除外。

（2）上市公司可转换公司债券发行的程序。

① 上市公司董事会就发行可转换公司债券作出决议。上市公司申请发行可转换公司债券，董事会应当依法就本次可转换公司债券发行的方案、本次募集资金使用的可行性报告、前次募集资金使用报告、其他必须明确的事项等作出决议，并提请股东大会批准。

② 上市公司股东大会就发行可转换公司债务作出决议。

③ 准备发行文件。上市公司申请公开发行可转换公司债券，应当由保荐人保荐，并向中国证监会申报。保荐人应当按照中国证监会的有关规定编制发行文件。

④ 发行申请。保荐人应当按照中国证监会的有关规定发行申请文件。证券发行申请未获核准的上市公司，自中国证监会作出不予核准的决定之日起6个月后，可再次提出发行申请。

⑤ 发行审核。

⑥ 公告公开发行募集文件。证券发行申请经核准，发行人应当依照法律、行政法规的规定，在证券公开发行前，公告公开发行募集文件，并将该文件置备于指定场所供查阅。

⑦ 正式发行可转换公司债券。自中国证监会核准发行之日，上市公司应在6个月内发行可转换公司债券；超过6个月未发行的，核准文件失效，须经中国证监会重新核准后方可发行。

9.2.4 证券发行审核程序

1. 证券发行审核制度

证券发行审核制度是指依据证券法规定由证券监管机构对发行人提出的证券发行申请进行审查，并决定是否同意的一种制度。国际上的证券发行审核制度可分为两种：注册制与核准制。

注册制又称为形式审查主义，是指证券发行人在公开发行前，按照法律的规定向证券发行主管机关提交与发行有关的文件，证券发行主管机关在一定期限内监管机构未提出异议的，其发行申请即发生效力的制度。核准制又称为实质审查主义，是指发行人不仅要公

开全部可以供投资者作出投资判断的材料，还要符合证券发行的实质性条件，证券主管机关有权按照相关法律的规定决定是否同意发行申请的制度。

2. 我国的证券审核制度

从我国现行《证券法》的规定来看，我国对证券公开发行采取的是核准制，即实质审查主义。监管机构不仅要核查发行所提交的文件的完整性与真实性，还要审查证券是否符合法律法规规定的实质要件，然后才根据市场状况决定是否核准发行。

3. 我国证券发行审核程序

1）申请

证券发行提出发行申请应当通过有保荐资格的证券公司向证监会提出申请。证监会收到文件5个工作日内作出是否受理的决定，未按规定制作申请文件的不予受理。

2）初审

证监会受理申请后就进入了初审程序，初审程序是由证监会的工作人员主持进行的初步审查。在初步审查过程中，证监会所属的发行部门就股票发行申请文件以及相关争议提出反馈意见，包括对申请文件以及其他方面的问题进行调查、查询和对证。

3）复审

复审是证监会发行部初审通过后，由抽选专家组成的发行审核委员会工作组以投票方式作出复审决定，发审委表决结果不是证监会发布核准意见的唯一依据，证监会可以做出与发行审核委员会表决结果不同的核准结论。

4）核准与复议

国务院证券监督管理机构应当自受理发行申请文件之日起3个月内依照法定条件和法定程序作出予以核准或者不予核准的决定，发行人根据要求补充、修改发行申请文件的时间不计算在内；不予核准的应当说明理由。

发行申请的未被核准的企业接到证监会书面决定60日内可提出复议申请，证监会在接到申请60日内对复议申请作出决定。

9.3 证券的交易

9.3.1 证券交易概述

证券交易是指证券持有人按照《证券法》的证券交易规则，在依法设立的证券交易所或通过其他方式将证券转让给其他投资者的行为；证券交易的标的物为证券，其转让应当遵循《证券法》的规定；在《证券法》没有进行特别规定的情况下，则应当遵守《合同法》以及《公司法》的一般规则。

证券交易依不同的标准可以作出不同的分类：依交易场所的不同，可分为集中市场交易和非集中交易市场交易；依买卖双方交易主体结合方式的不同，可分为协价交易和竞价交易；依达成交易方式的不同，可分为直接交易和间接交易；依交割期限和投资方式的不同，可分为现货交易、期货交易和信用交易；依证券交易价格形成方式的不同，可分为集中竞价交易和非集中竞价交易。

9.3.2 证券交易的一般规则

我国证券交易应当遵循《证券法》规定的交易规则。

1）证券交易的主体和标的必须合法

《证券法》第43条、第45条、第47条对从事证券交易的主体资格进行了详细规定。只有具备主体资格的人员，才能从事证券交易行为。

证券交易当事人买卖的证券，必须是依法发行并交付的证券，非依法发行的证券不得买卖，并且依法发行的证券，法律对其转让期限有限制性规定的，在限定的期限内不得买卖。

证券交易时买卖的证券，可以采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他形式。

2）证券交易必须在合法的证券交易所进行

依法公开发行的证券，应当在依法设立的证券交易所上市交易或者在国务院批准的其他证券交易场所转让。发行人发行证券可以上市交易，须在证券交易所交易；也可以不上市交易，须在国务院批准的其他证券交易场所转让。

3）证券交易必须以合法的方式进行

《证券法》规定，证券交易以现货和国务院规定的其他方式进行交易。《证券法》第40条还规定，证券在证券交易所上市交易，应当采用公开的集中交易方式或者国务院证券监管机构批准的其他方式。集中竞价交易时，应当实行价格优先、时间优先的原则。

4）证券交易必须要规范

首先，证券交易所、证券公司、证券登记结算机构必须依法为客户开立的账户保密。除法律和行政法规另有规定外，不得向任何人提供客户开立账户的情况，否则将承担相应的法律责任。其次，证券交易的收费必须合理，并公开收费项目、收费标准和收费办法。

9.3.3 股票交易

1. 股票交易的概念

股票交易即股票上市，是指经国务院证券监督管理部门核准的上市公司所发行的股票在证券交易所上市交易的活动。上市公司，是指所发行的股票经国务院证券监督管理部门核准在证券交易所上市交易的股份有限公司。申请股票上市交易，应当向证券交易所提出申请，由证券交易所依法审核同意，并由双方签订上市协议。

2. 股票上市的条件

根据《证券法》第50条的规定，股份有限公司申请股票上市，应当符合下列条件：

（1）股票经国务院证券监督管理机构核准已公开发行。

（2）公司股本总额不少于人民币3 000万元。

（3）公开发行的股份达到公司股份总额的25%以上，公司股本总额超过人民币4亿元的，公开发行股份的比例为10%以上。

（4）公司最近3年无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载。

证券交易所可以规定高于上述规定的上市条件，并报国务院证券监督管理机构批准。

3. 股票上市程序

1）申请与审核

申请股票上市交易，应当向证券交易所报送《证券法》第52条规定的8个文件。国务院证券监督管理机构可以授权证券交易所依照法定条件和法定程序核准股票上市申请。

2）上市公告

股票上市交易申请经证券交易所审核同意后，签订上市协议的公司应当在规定的期限内公告股票上市的有关文件，并将该文件置备于指定场所供公众查阅。同时还应当公告《证券法》第54条规定的4个事项。

4. 股票的暂停上市

根据《证券法》第55条的规定，上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其股票上市交易：

（1）公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件。

（2）公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，可能误导投资者。

（3）公司有重大违法行为。

（4）公司最近3年连续亏损。

（5）证券交易所上市规则规定的其他情形。

5. 股票的终止上市

根据《证券法》第56条的规定，上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定终止其股票上市交易：

（1）公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件，在证券交易所规定的期限内仍不能达到上市条件。

（2）公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，且拒绝纠正。

（3）公司最近3年连续亏损，在其后一个年度内未能恢复盈利。

（4）公司解散或者被宣告破产。

（5）证券交易所上市规则规定的其他情形。

【例题9-4多选题】 根据有关规定，上市公司发生的下列情形中，国务院证券监督管理机构可以决定暂停其股票上市的有(　　)。

A. 公司的股票被收购人收购达到该公司股本总额的70%

B. 公司最近3年连续亏损

C. 公司对财务会计报告作虚假记载

D. 公司发生重大诉讼

【答案】 BC

9.3.4 公司债券交易

公司债券交易即公司债券上市，是指已公开发行的公司债券在证券交易所挂牌交易。公司债券上市必须依照法定条件和程序进行。

1. 公司债券上市的条件

根据《证券法》第57条的规定，公司申请公司债券上市交易，应当符合下列条件：

(1) 公司债券的期限为1年以上。

(2) 公司债券实际发行额不少于人民币5 000万元。

(3) 公司申请债券上市时仍符合法定的公司债券发行条件。

【例题9-5单选题】 根据《证券法》的规定，公司申请公司债券上市时必须符合法定条件，其中公司债券实际发行额应不少于(　　)万元。

A. 1 000　　B. 3 000　　C. 5 000　　D. 6 000

【答案】 C

2. 公司债券上市的程序

1) 申请和审核

申请公司债券上市交易，应当向证券交易所报送《证券法》第58条规定的7个文件。申请可转换为股票的公司债券上市交易，还应当报送保荐人出具的上市保荐书。

2) 上市公告

公司债券上市交易申请经证券交易所审核同意后，签订上市协议的公司应当在规定的期限内公告公司债券上市文件及有关文件，并将其申请文件置备于指定场所供公众查阅。

3. 公司债券的暂停上市

根据《证券法》第60条的规定，公司债券上市交易后，公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其公司债券上市交易。

(1) 公司有重大违法行为。

(2) 公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件。

(3) 发行公司债券所募集的资金不按照核准的用途使用。

(4) 未按照公司债券募集办法履行义务。

(5) 公司最近2年连续亏损。

4. 公司债券的终止上市

根据《证券法》第61条的规定，公司债券上市交易后，公司有下列情形之一的，由证券交易所决定终止其公司债券上市交易。

(1) 公司有重大违法行为或者未按照公司债券募集办法履行义务，经查实后果严重的。

(2) 公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件、发行公司债券所募集的资金不按照核准的用途使用，或者公司最近2年连续亏损，在限期内未能消除的。

公司解散或者被宣告破产的，由证券交易所终止其公司债券上市交易。

以上证券交易所决定暂停或者终止股票、公司债券上市交易的，应当及时公告，并报国务院证券监督管理机构备案。公司对证券交易所作出的不予上市、暂停上市、终止上市决定不服的，可以向证券交易所设立的复核机构申请复核。

9.3.5 持续信息公开制度

1. 持续信息公开的概念

信息公开，是指证券发行人及其他证券主体，依法将自身经营和财务等情况向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送，向社会公众公开的活动。证券发行时的信息公开称为初次公开，证券上市时及上市期间的信息公开称为持续公开。持续信息公开制度是《证券法》基本原则的要求和体现，有利于保护投资者的利益，加强证券市场的监管。

2. 持续信息公开的内容和形式

1）定期信息公开

定期信息公开是以定期报告的形式表现，包括中期报告和年度报告。

（1）中期报告。中期报告即半年度报告，是反映公司上半年生产经营状况及其他各方面基本情况的文件。上市公司和公司债券上市交易的公司，应当在每一会计年度的上半年结束之日起 2 个月内，向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送记载《证券法》第 65 条规定的 5 个情况或者事项的中期报告，并予公告。

（2）年度报告。年度报告是反映公司整个会计年度生产经营状况及其他方面基本情况的文件。上市公司和公司债券上市交易的公司，应当在每一会计年度结束之日起 4 个月内，向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送记载《证券法》第 66 条规定的 6 个情况或者事项的年度报告，并予公告。

【例题 9-6 单选题】 根据《证券法》的规定，上市公司应当在每一个会计年度的上半年结束之起一定期限内制作并公告半年度报告，这里的"一定期限内"是指（　　）。

A. 1 个月内　　B. 2 个月内　　C. 3 个月内　　D. 4 个月内

【答案】 B

2）重大事件信息公开

重大事件信息公开是以临时报告的形式表现，也称重大事件临时报告。发生可能对上市公司股票交易价格产生较大影响的重大事件，投资者尚未得知时，上市公司应当立即将有关该重大事件的情况向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送临时报告，并予公告，说明事件的起因、目前的状态和可能产生的法律后果。《证券法》第 67 条具体规定了属于重大事件的 12 种行为、情况或者事项：①公司的经营方针和经营范围的重大变化；②公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定；③公司订立重要合同，可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响；④公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况；⑤公司发生重大亏损或者重大损失；⑥公司生产经营的外部条件发生的重大变化；⑦公司的董事、1/3 以上监事或者经理发生变动；⑧持有公司 5%以上股份的股东或者实际控制人，其持有股份或者控制公司的情况发生较大变化；⑨公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定；⑩涉及公司的重大诉讼，股东大会、董事会决议被依法撤销或者宣告无效；⑪公司涉嫌犯罪被司法机关立案调查，公司董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被司法机关采取强制措施；⑫国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

3. 持续信息公开的方式和要求

依法必须披露的信息，应当在国务院证券监督管理机构指定的媒体发布于公司住所、

证券交易所，供社会公众查阅。

上市公司董事、高级管理人员应当对公司定期报告签署书面确认意见。

上市公司监事会应当对董事会编制的公司定期报告进行审核并提出书面审核意见。

上市公司董事、监事、高级管理人员应当保证上市公司所披露的信息真实、准确、完整。

9.3.6 禁止的证券交易行为

根据《证券法》的规定，禁止的证券交易行为包括内幕交易行为、操纵证券市场行为、制造虚假信息行为和欺诈客户行为。

1. 内幕交易行为

内幕交易行为，是指证券交易内幕信息的知情人员利用内幕信息进行证券交易的行为。所谓知情人员，是指由于某种原因能够获得内幕信息的人员。所谓内幕信息，是指在证券交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息。《证券法》第74条具体规定了发行人的董事、监事、高级管理人员；持有公司5%以上股份的股东及其董事、监事、高级管理人员，公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员；发行人控股的公司及其董事、监事、高级管理人员；由于所任公司职务可以获取公司有关内幕信息的人员；证券监督管理机构工作人员以及由于法定职责对证券的发行、交易进行管理的其他人员；保荐人、承销的证券公司、证券交易所、证券登记结算机构、证券服务机构的有关人员；国务院证券监督管理机构规定的其他人等属于证券交易内幕信息知情人员。

根据《证券法》第73条的规定，禁止证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人利用内幕信息从事证券交易活动。内幕交易行为是一种违法行为，其主体是内幕信息的知情人员，行为特征是利用其掌握的内幕信息买卖证券或者建议他人买卖证券。这种违法行为不仅侵犯了广大投资者的利益，违反了证券交易的"三公"原则，而且还会扰乱证券市场，所以各国证券法都将其列为禁止的证券交易行为之一。

【例题9-7单选题】 下列人员中，哪一位是我国《证券法》规定的禁止持有、买卖股票的人员？（ ）

A. 王某，原为某证券公司派驻交易所的出市代表，现已退休

B. 郭某，是某投资咨询机构的一般工作人员

C. 马某，刚刚考上公务员，将于9月10日到证监会报到，现在原单位教书

D. 高某，是证券登记结算机构的从业人员

【答案】 D

2. 操纵证券市场行为

操纵证券市场，是指行为人为了获取利益或者减少损失而利用资金、信息等优势或者滥用职权影响证券市场价格，制造证券市场假象，诱导或者致使投资者在不了解事实真相的情况下作出买卖证券的决定，扰乱证券市场秩序的行为。根据《证券法》第77条的规定，禁止任何人以下列手段操纵证券市场：

（1）单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买

卖，操纵证券市场价格或者证券交易量。

（2）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量。

（3）自己实际控制的账户之间进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量。

（4）以其他手段操纵证券市场。

操纵证券市场行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

3. 制造虚假信息行为

制造虚假信息包括编造、传播虚假信息和作出虚假陈述或者信息误导两种情况。根据《证券法》第78条的规定，禁止国家工作人员、传播媒介从业人员和有关人员编造、传播虚假信息，扰乱证券市场。禁止证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构及其从业人员，证券业协会、证券监督管理机构及其工作人员，在证券交易活动中作出虚假陈述或者信息误导。各种传播媒介传播证券市场信息必须真实、客观，禁止误导。

4. 欺诈客户行为

欺诈客户，是指证券公司及其从业人员在证券交易中违反客户真实意愿，损害客户利益的行为。根据《证券法》第79条的规定，禁止证券公司及其从业人员从事下列损害客户利益的欺诈行为：

（1）违背客户的委托为其买卖证券。

（2）不在规定时间内向客户提供交易的书面确认文件。

（3）挪用客户所委托买卖的证券或者客户账户上的资金。

（4）未经客户的委托，擅自为客户买卖证券，或者假借客户的名义买卖证券。

（5）为牟取佣金收入，诱使客户进行不必要的证券买卖。

（6）利用传播媒介或者通过其他方式提供、传播虚假或者误导投资者的信息。

（7）其他违背客户真实意思表示，损害客户利益的行为。

欺诈客户行为给客户造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

另外，《证券法》第80条至第84条还规定：在证券交易中，禁止法人非法利用他人账户从事证券交易；禁止法人出借自己或者他人的证券账户。依法拓宽资金入市渠道，禁止资金违规流入股市。禁止任何人挪用公款买卖证券。国有企业和国有资产控股的企业买卖上市交易的股票，必须遵守国家有关规定。证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构及其从业人员对证券交易中发现的禁止的交易行为，应当及时向证券监督管理机构报告。

9.3.7 限制的证券交易行为

在下列情形下，证券交易受到限制。

（1）为股票发行出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等的证券服务机构和人员，在该股票承销期内和承销期满后6个月内，不得买卖该种股票。

（2）为上市公司出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等的证券服务机构和人员，自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后5日内，不得买卖该种股票。

（3）上市公司董事、监事、高级管理人员，持有上市公司股份5%以上的股东，将其

持有的该公司的股票在买入后6个月内卖出，或者在卖出后6个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回其所得收益。

(4) 发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起1年内不得转让。

(5) 公司董事、监事、高级管理人员在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的25%；所持本公司的股份自公司股票上市交易之日起1年内不得转让；上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。

(6) 在上市公司收购中，收购人持有的被收购的上市公司的股票，在收购行为完成后的12个月内不得转让。

9.4 上市公司收购

9.4.1 上市公司收购概述

上市公司收购，是指投资者通过证券交易所的股份转让活动使其持有一个上市公司的股份达到一定比例，从而实现对该上市公司的控制或者兼并的行为。股票是股份的表现形式，购买或者持有上市公司股票就意味着介入公司管理事务，形成对公司事务的管理和控制。

9.4.2 上市公司收购的种类

根据不同的分类标准，上市公司收购的种类有不同的划分，具体有以下几种划分。

1. 根据公司收购方式的不同，可分为要约收购、协议收购和场内收购

1) 要约收购

要约收购，是指收购人持股达到法定比例时，依法向该上市公司的所有股东发出收购要约，进行收购的行为。

(1) 要约收购的条件。《证券法》第88条规定了要约收购的要约条件：通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到30%时，继续进行收购的，应当依法向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。

收购上市公司部分股份的收购要约应当约定，被收购公司股东承诺出售的股份数额超过预定收购的股份数额的，收购人按比例进行收购。

(2) 要约收购的程序。要约收购一般要经过报告、公告、收购等步骤。

① 报告。以要约收购方式进行上市公司收购的，收购人应当向国务院证券监督管理机构报送要约收购报告书，并同时提交证券交易所。《证券法》第89条具体规定了要约收购报告书的报告事项。

② 公告。收购人在依规定报送上市收购报告书之日起15日后，公告其收购要约。在收购要约确定的承诺期限内，收购人不得撤销其收购要约。收购人需要变更收购要约的，必须事先向国务院证券监督管理机构及证券交易所提出报告，经批准后，予以公告。

③ 收购。收购要约提出的各项收购条件，适用于被收购公司的所有股东。采取要约

收购方式的，收购人在收购期限内，不得卖出被收购公司的股票，也不得采取要约规定以外的形式和超出要约的条件买入被收购公司的股票。收购要约约定的收购期限不得少于30日，并不得超过60日。

2）协议收购

协议收购，是指收购人依法与被收购公司的股东以协议的方式进行股权转让，进行收购的行为。协议收购是一种重要的上市公司收购方式。

（1）收购协议。协议收购的基础是收购协议，收购人采取协议收购形式收购上市公司的，收购人应当向上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约（经国务院证券监督管理机构免除发出要约的除外），同时依照法律、行政法规的规定收购公司的股东达成收购协议。

（2）报告和公告。以协议收购方式收购上市公司时，达成协议后，收购人必须在3日内将收购协议向国务院证券监督管理机构及证券交易所作出书面报告，并予公告。在未作出公告前不得履行收购协议。

（3）协议的履行。收购协议报告和公告后就可以履行。协议双方可以临时委托证券登记结算机构保管协议转让的股票，并将资金存放于指定的银行。

2. 根据收购人预订的目标公司股份数量的不同，可分为部分收购与全面收购

部分收购是指收购人收购目标公司发行在外的一定比例或数量的股份，从而取得相对控股权的行为。全面收购是指收购目标公司发行在外的全部股份的行为。收购人选择部分收购还是全面收购，应综合考虑目标公司的股权结构、自身财力、收购目的等多种因素。

3. 根据目标公司管理层与收购者的合作态度，可分为善意收购与敌意收购

善意收购是目标公司管理层持合作态度的收购。此时，目标公司的管理层往往积极劝导本公司股东向收购人出售股份。敌意收购是指目标公司经营者拒绝与收购者合作的收购。敌意收购中，目标公司管理层经常采取措施来阻碍收购的顺利完成。

4. 根据收购是否构成收购人的法定义务，可分为自愿收购与强制收购

自愿收购是收购人自主自愿进行的收购；强制收购是在收购人持有某一公司的股份达到一定比例时，法律强制其向该公司所有股东发出要约而进行的收购。自愿收购与强制收购的划分是相对的。因为上市公司收购在本质上是收购人依法实施的有计划的购买目标公司股份的行为，即使是强制收购，它的出发点也是源于收购者的自愿选择。

5. 根据收购支付对价的形式，可以分为现金收购与换股收购

现金收购是指收购人以现金作为支付给目标公司股东的对价的收购行为；换股收购是指收购人通过发行新股或以库藏股为对价来交换目标公司股份的收购行为。

6. 根据收购公司和目标公司是否处于同一行业，可以分为横向收购、纵向收购和混合收购

横向收购是收购人与目标公司处于同一行业或生产工艺相近的企业之间的收购行为；纵向收购是指生产过程和经营环节相互衔接，或者具有纵向协作关系的企业之间的收购行为；混合收购是指横向收购和纵向收购相结合的收购行为。此种分类方式常见于经济学的著述中。

本章小结

> 证券法是经济法中的重要部门法，具有较强的理论性、国际性和实践性。本章我们系统性地介绍了证券的概念和特征，证券法的调整对象和基本原则，证券的发行，证券的交易，上市公司的收购等相关内容，使学生对《证券法》有了系统的认识。

重要概念

证券(Security)、公司债券(Bond Certificate)、股票交易(Stockmarket)、持续信息公开(Continuous Information Disclosure)、上市公司收购(Listing Corporation Charge)



案例分析

甲股份有限公司(以下简称甲公司)成立于2013年9月3日，公司股票自2015年2月1日起在深圳证券交易所上市交易。公司章程规定，凡投资额在2 000万元以上的投资项目须提交公司股东大会讨论决定。乙有限责任公司(以下简称乙公司)是一软件公司，甲公司董事李某为其出资人之一。乙公司于2015年1月新研发一高科技软件，但缺少3 000万元生产资金，遂与甲公司洽谈，希望甲公司投资3 000万元用于生产此软件。2015年2月10日，甲公司董事会直接就投资生产软件项目事宜进行讨论表决。全体董事均出席董事会并参与表决。在表决时，董事陈某对此投资项目表示反对，其意见被记载于会议记录，赵某等其余8名董事均表决同意。随后，甲公司与乙公司签订投资合作协议，双方就投资数额、利润分配等事项作了约定。3月1日，甲公司即按约定投资3 000万元用于此软件生产项目。2015年8月，软件产品投入市场，但由于产品性能不佳，销售状况很差，甲公司软件投资项目因此而损失重大。2015年11月1日，甲公司董事李某建议其朋友王某抛售所持有甲公司的全部股票。11月5日，甲公司将有关该投资软件项目而损失重大的情况向国务院证券监督管理机构和深圳证券交易所报送临时报告，并予以公告。甲公司的股票价格随即下跌。2015年11月20日，持有甲公司2 股份的发起人股东郑某以书面形式请求公司监事会向人民法院提起诉讼，要求赵某等董事就投资软件项目的损失对公司负赔偿责任。但公司监事会拒绝提起诉讼，郑某遂以自己名义直接向人民法院提起诉讼，要求赵某等董事负赔偿责任。此后，郑某考虑退出甲公司，拟于2015年12月20日将其所持有的甲公司全部股份转让给他人。

要求：根据上述情况与《公司法》《证券法》的有关规定，回答下列问题：

(1) 董事李某是否有权对甲公司投资生产软件项目决议行使表决权？说明理由。

(2) 董事陈某是否应就投资软件项目的损失对甲公司承担赔偿责任？说明理由。

(3) 董事李某建议其朋友王某抛售甲公司股票是否符合法律规定？说明理由。

(4) 股东郑某以自己名义直接向人民法院提起诉讼是否符合法律规定？说明理由。

(5) 股东郑某是否可以于2015年12月20日转让全部股份？说明理由。

分析与启示：(1)董事李某无权对甲公司投资生产软件项目决议行使表决权。根据规定，上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权。本题中，甲公司董事李某是乙公司的出资人之一，因此在甲公司对乙公司的投资项目表决时，李某应该予以回避，不得行使表决权。

(2) 董事陈某不应就投资软件项目的损失对甲公司承担赔偿责任。根据规定，董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿



责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。本题中，董事陈某对此投资项目表示反对，其意见也被记载于会议记录，因此陈某对此投资项目所造成的损失不承担赔偿责任。

(3) 董事李某建议其朋友王某抛售甲公司股票不符合法律规定。根据规定，发行人的董事、监事、高级管理人员属于内幕信息的知情人。证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人，在内幕信息公开前，不得买入或者卖出该公司的证券，不得泄露该信息，也不得建议他人买卖该证券。本题中，董事李某属于内幕信息的知情人，其建议朋友王某抛售甲公司股票的行为是不合法的。

(4) 股东郑某以自己名义直接向人民法院提起诉讼符合法律规定。根据规定，公司董事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东，可以书面请求监事会向人民法院提起诉讼。监事会拒绝提起诉讼的，股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东，有权为了公司的利益，以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。本题中，郑某持有甲公司2%股份，符合股东代表诉讼的主体要求，依法请求监事会提起诉讼后，监事会拒绝提起，因此，郑某可以以自己名义直接向人民法院提起诉讼。

(5) 股东郑某不能于2015年12月20日转让全部股份。根据规定，发起人持有的本公司股份，公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起1年内不得转让。本题中，甲公司股票自2015年2月1日起在深圳证券交易所上市交易，因此发起人持有的股票应自此次公开发行股票日2015年2月1日后的1年内不得转让，即2015年2月1日—2016年2月1日，因此，郑某在2015年12月20日转让全部股份是不符合规定的。

课后习题

一、简答题

1. 我国《证券法》的基本原则是什么？
2. 股票发行应满足什么样的条件？
3. 证券交易的一般规则是什么？
4. 上市公司收购分为哪些种类？

二、不定项选择题

1. 某股份有限公司拟公开发行股票并上市。根据证券法律制度的有关规定，下列各项中，符合公司首次公开发行股票并上市的条件的有(　　)。

A. 公司发行股票前股本总额为人民币6 000万元

B. 公司上一年度严重违反环境保护管理法规受到罚款的行政处罚

C. 公司最近3个会计年度净利润均为正数且累计为人民币4 000万元

D. 公司最近1个会计年度的净利润主要来自合并财务报表范围以外的投资收益

2. 以下关于证券业协会的说法中，错误的是(　　)。

A. 证券业协会是证券业的自律性组织，是社会团体法人

B. 证券公司应当加入证券业协会

C. 证券业协会的权力机构为由全体会员组成的会员大会

D. 证券业协会的章程由会员大会制定，并报国务院证券监督管理机构批准

3. 根据《证券法》的规定，下列选项中，属于股份有限公司申请股票上市应当符合的条件有(　　)。

A. 公司股本总额不少于人民币5 000万元

B. 公司股本总额超过人民币2亿元的，公开发行股份的比例为10%以上

C. 公司最近3年无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载

D. 股票经国务院证券监督管理机构核准已公开发行

4. 设立证券公司，应当具备的下列条件中，错误的有(　　)。

A. 有符合法律、行政法规规定的公司章程

B. 注册资本不低于人民币2亿元

C. 董事、监事、高级管理人员具备任职资格，从业人员具有证券从业资格

D. 有完善的风险管理与内部控制制度

5. 公司债券上市交易后，在一定情形下，证券交易所可决定暂停其上市交易。以下对暂停公司债券上市情形的说法中，不准确的是(　　)。

A. 公司有重大违法行为

B. 公司最近3年连续亏损

C. 公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件

D. 公司债券所募集资金不按照核准的用途使用

6. 采取协议收购方式的，收购人收购或者通过协议、其他安排与他人共同收购一个上市公司已发行的股份达到(　　)时，继续进行收购的，应当向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。但是经国务院证券监督管理机构免除发出要约的除外。

A. 20%　　B. 30%　　C. 10%　　D. 50%

7. 上市公司和公司债券上市交易的公司，应当在每一会计年度的上半年结束之日起(　　)内，以及在每一会计年度结束之日起(　　)内，向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送中期报告和年度报告，并予公告。

A. 1个月，3个月　　B. 2个月，4个月

C. 3个月，6个月　　D. 6个月，12个月

8. 以下关于要约收购的说法，正确的是(　　)。

A. 收购要约的期限届满，收购人持有的被收购公司的股份数达到该公司已发行的股份总数的75%以上的，该上市公司的股票应当在证券交易所终止上市交易

B. 在上市公司收购中，收购人持有的被收购的上市公司的股票，在收购行为完成后的6个月内不得转让

C. 收购人在报送上市公司收购报告书之日起15日后，公告其收购要约

D. 收购要约的期限不得少于30日，并不得超过90日

9. 依照《证券法》，下列哪项属于上市公司临时报告中应披露的“重大事件”？(　　)

A. 公司的经营方针和经营范围的重大变化

B. 公司发生轻微亏损或者损失

C. 公司1/4以上的董事、监事或者经理发生变动



D. 持有公司3%以上股份的股东或者实际控制人，其持有股份或者控制公司的情况发生较大变化

10. 以下关于《证券法》规定的证券交易内幕信息知情人的类型中，哪项是错误的？（　　）

A. 证券交易所的有关人员

B. 证券监督管理机构工作人员

C. 发行人控股公司的监事

D. 持有公司3%以上股份的自然人

三、案例分析题

某股份有限公司（以下简称公司）于2013年6月在上海证券交易所上市，2014年以来，公司发生了下列事项：

（1）2014年5月，董事赵某将所持公司股份20万股中的2万股卖出；2015年3月，董事钱某将所持公司股份10万股中的25 000股卖出；董事孙某因异国定居，于2014年7月辞去董事职务，并于2015年3月将其所持公司股份5万股全部卖出。

（2）监事李某于2014年4月9日以均价每股8元价格购买5万股公司股票，并于2014年9月10日以均价每股16元价格将上述股票全部卖出。

（3）2014年5月12日，公司发布年度报告，为该公司年报出具审计报告的注册会计师周某于同年5月20日购买该公司股票1万股。

（4）公司股东大会于2014年5月8日通过决议，由公司收购本公司股票900万股，即公司已发行股份总额的3%，用于奖励本公司职工。同年6月，公司从资本公积金中出资收购上述股票，并将其中的600万股转让给公司职工，剩余的300万股拟在2015年10月转让给即将被吸收合并于该公司的另一企业的职工。

要求：根据本题所述内容，分别回答下列问题：

（1）赵某、钱某和孙某卖出所持公司股票的行为是否符合法律规定？并分别说明理由。

（2）李某买卖公司股票的行为是否符合法律规定？并说明理由。

（3）周某买入公司股票的行为是否符合法律规定？并说明理由。

（4）公司收购用于奖励职工的本公司股票数额是否符合法律规定？并说明理由。

（5）公司从资本公积金中出资收购用于奖励职工的本公司股票的行为是否符合法律规定？并说明理由。

（6）公司预留300万股股票拟在2015年10月转让给其他职工的行为是否符合法律规定？并说明理由。

第10章 保 险 法

学习目标

通过本章的学习，要求学生了解各国保险法的基础理论；理解保险法的关系和中国保险法的一般规定；掌握我国保险法的发展及其体系、保险合同的概念和法律特征；了解保险合同的订立、变更和终止。

课前案例

王某于2011年4月5日在某保险公司购买了一份卡单式家庭财产保险，其中附加了家庭室外第三者责任险，该卡单式保单规定对第三者的赔偿限额为3万元。2011年7月1日，王某因工作需要出差3个月。7月8日，天气骤变，王某屋外空调器因暴风刮落，正好砸到正在屋檐下玩耍的邻居家李某的孩子，当时砸中的是头部，伤势严重，急需手术治疗。王某得知后立即向保险公司报了案，保险公司也对事故的责任进行了认定，确认属于保险责任。但因王某身处外地，此案件的事后理赔处理工作也就搁置下来。因是邻居，所以当时李某未急于让王某直接支付治疗费，但因治疗费的积累，李某无力承担后续的治疗费用。7月25日，李某向王某提出赔偿要求，王某遂让李某向保险公司进行索赔，而保险公司以直接向被保险人赔偿为由拒绝了李某的索赔。

问：保险公司是否该赔偿李某?

10.1 保险法概述

10.1.1 保险法的概念和种类

1. 保险法的概念

保险法是以保险关系为调整对象的法律规范的总称。

保险关系包括的范围比较广，一方面是指保险活动中各平等主体之间的民事法律关系，包括保险人与投保人、被保险人、受益人之间以及因保险代理、保险经纪和保险公估活动等而产生的保险主体之间的权利义务关系；另一方面则是指国家及其授权机构对保险经营者(保险公司、保险中介人等)的行政法律关系，包括规定保险公司的组织形式以及设立、变更和终止，制定保险经营规则，贯彻执行保险监督措施，监督管理保险中介人等而产生的政府对保险经营者的监督管理关系。

2. 保险法的种类

从法理学和世界各国保险法制发展史的角度看，保险法可以有狭义与广义之分，也可以有形式意义与实质意义之分。

西方国家的保险法，一般分为狭义的保险法与广义的保险法。狭义的保险法是指保险私法，即有关保险的私法性质的法律，是调整自然人、法人或其他经济组织等平等主体之间保险关系的法律规范，主要是指保险合同法和保险特别法。广义的保险法涵盖了保险私法和保险公法。保险公法是有关保险的公法性质的法律，调整的是在国家范围内的社会公共保险关系的行为规范，主要是指保险业法和社会保险法。

中国的保险法可分为形式意义的保险法与实质意义的保险法。所谓形式意义的保险法是指冠以保险名称的法律法规，如《中华人民共和国财产保险合同条例》（以下简称《财产保险合同条例》）、《保险企业管理暂行条例》《中华人民共和国保险法》等。而实质意义的保险法是指调整保险关系的一切法律规范的总称，既包括形式意义的保险法，又包括与保险相关的或规定有保险内容的其他的法律法规，如《中华人民共和国道路交通安全法》第 17 条有关机动车辆第三者责任强制保险的规定、《中华人民共和国中外合资经营企业法》（以下简称《中外合资经营企业法》）第 8 条对合资企业保险的规定、《中华人民共和国外资企业法》（以下简称《外资企业法》）第 83 条对外资企业保险的规定、《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）第十二章对"海上保险合同"的规定等。实质意义的保险法以形式意义的保险法为核心。形式意义的保险法与实质意义的保险法中的其他内容相互补充、密切联系，共同构成完整的保险法律体系。

10.1.2 保险法的基本构成

纵观目前世界上各国保险法，大致都由四部分内容构成。

1. 保险合同法

保险合同法又称保险契约法，是保险法的重要组成部分和基础。保险合同法是规范保险双方当事人、关系人权利义务的法律法规的总称，调整的是保险合同关系。

世界各国的保险合同法繁简不一，但所涉及的内容范围大致相同，一般都规定了保险合同的基本原则，保险合同的基本内容，保险合同的订立、履行、变更、解除或终止以及保险合同纠纷的处理等事项。其中，最具代表意义的是 1906 年的《英国海上保险法》，此法共 94 条，涉及海上保险合同的方方面面，内容全面详尽，被世界各国视为海上保险法的范本。现在该法仍是国际海上保险的主要法律，同时也是世界各国制定保险合同法的范本之一。

2. 保险业法

保险业法又称保险业监督法、保险组织法，是国家对保险业进行监督管理的法律规范的总称。

保险事业的健康发展，不仅与广大的被保险人及其关系人密切相关，而且对国民经济的稳定和社会安定有着重要的影响。因此，必须以法律等形式进行规范约束。

世界各国的保险业法，尽管条款内容不完全相同，但一般都包括以下基本内容：保险经营机构的组织形式，保险经营机构的设立、变更和解散，国家保险监管部门的设立及其

职能，国家对保险经营机构进行监督管理的内容和形式，保险经营机构应该遵循的经营规则等。例如，德国在1983年制定、1987年修订的《保险监管法》，英国在1974年制定的《保险公司法》，日本在1900年实施、1939年修订的《保险业法》等，都属于保险业法的范畴，大致包含了以上各项内容，只是侧重点不完全相同。

3. 保险特别法

保险特别法是指保险合同以外，具有商法性质的，规范某一特殊保险关系的法律法规，它一般不超过保险合同法的原则规定，但更为具体、细致，是各种具体保险经营活动的直接依据。

目前世界上常见的保险特别法主要有两种形式：一种是专门规范某一特殊保险关系的独立存在的法律法规，如德国的《海上保险法》《第三者责任保险法》《汽车保险条例》，日本的《保险展业管理法》《外国保险业者法》，英国的《人寿保险法》《保单持有人保护法》《保险经纪人法》等，都属于此类保险特别法；另一种是在其他法律法规中对某一特殊保险关系的规范，如德国与其国民保险相关的法规，法国与其通俗保险相关的法规，英国与其邮政保险相关的法规，美国与其工业保险相关的法规，日本与其简易生命保险相关的法规，中国《海商法》第十二章关于海上保险合同的法律规定等，都属于这一类保险特别法。需要说明的是，由于海上保险合同通常被纳入海商法学的研究范畴，本书也遵循惯例，对海上保险合同不予专门论述。

4. 社会保险法

社会保险法又称劳动保险法，是指国家调整社会保险关系的法律规范的总称。其主要内容包括：有关社会保险的规章制度、社会保险管理机构的设置、社会保险费的筹集、社会保险的范围、社会保险的项目、社会保险享受的资格、社会保险的待遇、社会保险金的支付、社会保险的财务管理等。社会保险法的主要目的是在劳动者丧失劳动能力或丧失劳动机会时，使劳动者及其家属从国家或社会获得基本经济保障。

社会保险法与传统意义上的保险法有着本质的区别，一般认为社会保险不属于保险法的调整范围，而应列为社会保障法的内容之一。我国的保险法主要指的是保险合同法、保险业法和保险特别法。因此本书不对社会保险法做专门论述。

10.1.3 保险法的地位

保险法的地位是指保险法在整个法律体系中的地位。尽管世界各国都十分重视保险立法，但是由于对保险法的法律属性认识不同，对保险法应处于什么地位至今仍未形成统一的定论。例如，英国、美国、德国、丹麦、挪威、瑞典、瑞士、日本等国制定了单行的保险法律；法国、比利时、西班牙等国将保险法列入商法典中。可见，保险法在各国法律体系中的地位不尽相同。一般而言，在民商分立的国家中，保险法被视为商事法的一种，与公司法、海商法、票据法等一起纳入商法典中；而在民商合一的国家中，保险法被作为民法的特别法，与民法具有普通法与特别法的关系，凡是保险法无规定者适用于民法。

我国的保险法在法律体系中处于何种地位，至今尚无定论。有人认为保险法应属于经济法范畴，因为保险法的立法体系包括保险合同法与保险业法两部分，使保险法的调整对

象既有平等主体之间的关系，又有保险监管关系。在不分割保险法的前提下，在我国目前的法律体系中，只有经济法的体系结构是将纵横关系相结合的，既有经济平等关系，又有国家宏观经济管理关系。

20世纪60年代是社会保险发展速度最快和规模最大的时期，社会保险法作为规范约束社会保险关系的法律法规也随之大量出现在世界各国的法律体系中。

10.1.4 保险法的基本原则

保险法的基本原则是贯彻在法律法规中的精神主旨和指导思想，这些基本原则对保险立法、司法及司法解释具有指导作用。

1. 保险与防灾相结合原则

保险从根本上说，是一种危险管理制度，目的是通过危险管理来防止和减少危险事故，把危险事故造成的损失降到最低程度，由此产生此一原则。

1）保险与防灾相结合

主要适用于保险事故发生前的事先防范，要求保险方对承保的危险责任进行管理，具体内容包括：①调查分析承保的保险标的的危险情况，据此向投保人提出合理化建议，促使投保人采取防范措施，并进行检查监督；②向投保人提供必要的技术指导和支援，共同完善防范措施和设备；③与社会各方互相配合采取各种措施防止和减少危险事故的发生；④必要时，经被保险人同意，由保险方采取安全预防措施；⑤对不同的投保方采取差别费率制，以促使投保方加强对危险事故的管理。

同时这一原则要求投保方遵守国家有关消防、安全生产操作、劳动保护等方面的规定，履行善意所有人、管理人应尽的义务；并履行危险增加通知义务，即当保险标的出现保险合同的约定以外的危险情况时，投保方要及时通知保险方。

2）保险与减损相结合

适用于保险事故发生后的事后减损，据此原则，如发生保险事故，投保方应尽最大努力积极抢救，避免事故蔓延、损失扩大；而保险方则通过承担施救及其他合理费用，承担投保方因施救产生的损失。

2. 最大诚信原则

诚信原则是民法的基本原则之一，由于保险合同具有附合性（格式化）和射幸性（一方履行义务的偶然性）等特点，要求合同双方当事人最大限度地遵守这一原则，即不互相隐瞒欺诈，以最大善意全面履行各自的义务。

我国《保险法》第5条规定："保险活动当事人行使权利、履行义务，应当遵循诚实信用原则。"

对于投保人而言，遵循诚实信用原则，主要应承担两项义务：①如实告知保险标的和被保险人的各种情况。其告知范围为足以影响保险人决定是否承保和提高保险费率的重要情况。②履行义务，即向保险方做出承诺，保证在保险期内遵守作为或者不作为的某些规则或担保某一事项的真实性。

对于保险人而言，遵循诚实信用原则，主要也应承担两项义务：①履行说明义务。订立保险合同时，保险人应向投保人说明保险合同的条款内容，特别是有关责任免除的条

款，应当明确说明，未明确说明的，免责条款不生效力。②保险人应有足够的能力履行约定的支付保险金的责任。也有学者将这一条表述为“弃权和禁止抗辩”，指一方当事人如果在合同中放弃了某项权利，将来就不得反悔而向对方再申请这项权利。这主要适用于保险人和保险代理人。如保险人或保险代理人明知不能承保或者因收取高额保险费而冒险签发保险单，就属于弃权行为。发生保险事故后，保险人不得以此为由拒绝赔偿或给付。

3. 保险利益原则

保险利益原则是指投保人对保险标的具有法律上承认的经济利益，投保人投保时必须对保险标的具有保险利益。保险利益在财产保险和人身保险中有不同的表现形式：

1）财产保险的保险利益

财产保险的保险标的是财产及相关利益，其保险利益是指投保人对保险标的的经济利益。应具备三个条件：①必须是法律承认的合法利益；②必须是具有经济价值的利益；③必须是能够确定的利益。

2）人身保险的保险利益

人身保险的保险标的是人的寿命和身体，其保险利益是指投保人对被保险人的寿命和身体所具有的利害关系。这种利害关系往往由保险法规定，主要包括：本人、配偶、子女、父母；与投保人具有赡养和抚养关系的家庭其他成员和近亲属；同意投保人为其投保的被保险的人。此外，劳动关系、合伙关系、债权债务关系的当事人之间，也可能产生保险利益。

4. 近因原则

保险人承担赔付保险金责任的前提是损害结果必须与危险事故的发生具有直接的因果关系。损害结果可能由单因或多因造成。单因较简单，如果是保险事故，保险人就应当赔偿给付；多因较复杂，主要有：

1）多因同时发生

如同时发生的都是事故，则保险人承担保险责任；如其中既有保险事故，也有责任免除的事故，保险人只承担保险事故造成的损失，如此时两种责任造成的损失无法计算，则双方协商决定赔付额。

2）多因连续发生

两个以上灾害事故连续发生造成损害，一般以最近的、最有效的原因为主因，若主因属于保险事故，则保险人承担赔付保险金责任。但若后因是前因直接、自然的结果或合理的连续时，以前因为主因。

3）多因间断发生

造成损失的灾害事故先后发生，多因之间不关联，彼此独立。保险人视各个独立的危险事故是否属于保险事故，进而决定赔付与否。

5. 损害赔偿原则

对于保险合同约定的保险事故所造成的损害，保险人应当及时、准确履行赔偿或给付保险金责任，用于弥补被保险财产或被保险人遭受的经济损失。损害赔偿原则主要体现在以下几个方面：①被保险人只有在保险合同的约定期限内，遭受约定的保险事故所造成的损害时，才能得到赔付；②赔付依据是被保险财产的实际损失或被保险人的实际损害，按

照赔付和损失等量的原则进行；③按照权利义务对等原则发生保险事故时，投保方有施救义务，而保险方承担施救及其他合理费用，数额以保险金额为限；④索赔要求提出后，保险人应及时、准确地核定损失额，与索赔人达成赔付协议，履行赔偿或者给付义务。

6. 公平互利、自愿协商原则

保险合同具有双务有偿的特点，必须最大限度地遵守这一原则。其主要内容为：合同订立必须基于双方当事人自愿和协商一致；合同内容应当公平，双方权利义务应当对等；保险价格应当合理。

7. 公平竞争原则

竞争是市场经济的最普遍的规律，保险公司在保险市场中也面临着与其他保险公司之间的公平竞争。

公平竞争是指在同等的市场条件下，市场主体通过采用符合法律和商业道德规范的措施和方法，以实现其产品价值的一种市场机制；而不正当竞争是指经营者违反自愿、公平、诚实信用的原则和公共道德，以损害其他经营者的合法权利为自己获得非法利益，扰乱社会经济秩序的行为。《中华人民共和国反不正当竞争法》规定了8类不正当竞争行为。

根据《保险公司管理规定》的规定，保险公司开展业务，应遵循公平竞争的原则。这包括：①投保人可以自愿选择保险公司投保，法律法规另有规定的除外；②保险公司不得委托未经中国保监会认可的保险代理人为其服务；③保险公司不得以排挤竞争对手为目的，非正常降低保险费或扩大保险责任范围开展保险业务，进行恶性价格竞争；④保险公司不得伪造、散布虚假事实，损害其他保险公司的信誉、声誉；保险公司不得利用中国保监会、其他政府部门或者法院的判决、处罚决定，攻击竞争对手，牟取商业利益；⑤保险公司不得以强占市场为目的，劝诱投保人或被保险人解除与其他保险人的保险合同；⑥保险公司不得利用政府部门、其他国家权力机关、垄断性行业、部门或企业，非法排挤、阻碍其他保险公司开展保险业务活动；⑦保险公司及其职员不得向投保人、被保险人、受益人提供保险费回扣或违法、违规的其他利益，也不得超范围、超标准向保险代理人支付佣金和手续费；⑧保险公司的保险业务宣传资料应当全面、客观、完整、真实，保险公司不得利用广告宣传或其他方式，对其保险条款内容、服务质量等作引人误解的虚假宣传。

保险活动中的不正当竞争行为，按照保险法及有关法律的规定，可以根据不同的情节予以处罚，并承担相应的法律责任。

10.2 保险合同制度

10.2.1 保险合同概述

《保险法》第10条规定："保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。"保险合同是投保人与保险人之间设立、变更、终止保险法律关系的协议。

依照保险合同，投保人承担向保险人交纳保险费的义务，保险人对保险标的可能遭受的危险承担提供保障的义务。在保险事故发生后，保险人根据合同约定的范围向被保险人或受益人给付保险金，或者在合同约定期限届满时向投保人或受益人给付保险金。

保险合同一般包括投保单和保险单，二者构成要约和承诺，附加包含一般约定的保险条款共同构成。有时候保险单会用其简化方式“保险凭证”替换。在特殊情形下，比如无标准化条款时，保险合同可以是当事双方签订的书面协议；无法当时出具保险单时，保险合同可以是暂保单。

一般情况下，标准化的保险条款中会规定，保险合同由投保单、保险单、保险条款、批注、附贴批单、其他相关的投保文件、双方的声明、其他书面协议共同构成。

10.2.2 保险合同的特点

保险合同所保障的标的是风险，所以与一般的经济合同相比，其特征主要表现在以下五个方面：

1. 投保人必须对保险标的具有保险利益

在保险合同中，投保人、被保险人如果没有保险利益，保险合同将是非法的，保险合同无效。保险利益必须是受到法律保护的，同时保险利益是可以用货币计算与估价的。

在财产保险合同中，保险利益应该具有如下特点：

（1）必须是合法利益。即这种利益对于投保人来说，不是违背法律或社会善良风俗而取得的，如以盗窃所得赃物投保是无效的。

（2）财产保险的主要目的是赔偿损失，如果损失不能以金钱计量，就无法赔偿，所以如收藏物、家养的花草等，虽然对被保险人来说具有相当的利益，但难以用金钱计算，因而不能成为财产保险的标的。

（3）必须是确定的利益。无论是现有利益或预期利益，在保险事故发生前或发生时必须能够确定，否则保险人难以确定是否赔偿，或赔偿多少。

在人身保险合同中，根据法律和保险业的惯例，投保人与被保险人只有存在如下关系时，才具有保险利益：

（1）婚姻关系。如丈夫可为妻子投保。

（2）血缘关系。如子女可为父母投保，父母亦可为子女投保。但除此之外，对于家庭其他成员或近亲属，投保人则必须与之有抚养、赡养和扶养的关系，才具有保险利益。

（3）抚养、赡养和扶养关系。

（4）债权债务关系。债务人若在偿债期间死亡，债权人将面临难以收回债权的危险，故此债权人对债务人具有保险利益。

（5）劳动关系或某种合作关系。如用人单位或雇主，对于职工或雇员的生老病死负有法定的经济责任，自然就具有保险利益；合伙企业的合伙人之间，一旦某一合伙人死亡，可能导致合伙事业难以为继，当然具有互相之间的保险利益。

（6）本人。投保人对于自身的生老病死具有切身经济利益，投保人可以为自己投保，成为被保险人。

2. 订立合同必须先履行告知义务

告知是保险人确定是否承保、怎样确定保险费率以及投保人是否投保、投保金额大小的重要依据，投保人在订立保险合同时，通常应告知下列重要事实：

（1）投保人保险史，如果投保人曾经被另外一个保险人就同一险种拒绝承保，无论是

什么理由都是重要事实。

（2）投保人的品行，特别是关于欺诈方面的犯罪，都是必须告知的重要事实。

我国保险法还规定，投保人故意不履行如实告知义务，保险人不承担赔偿或给付保险金的责任，并不退还保险费；但因过失而未履行义务，保险人员不承担赔偿或给付保险金的责任，但还可以退还保险费。显而易见，如实告知义务对保险合同双方当事人来说都是十分重要的。

3. 保险合同是一种保障性合同

与一般的经济合同不一样，保险合同中投保人的债务是确定的，保险费一定要支付，而保险人承担的债务(指保险金的赔偿或给付)是不确定的，取决于偶然事件的发生与否。实际上保险人的义务应该说是对投保人提供经济上的保障，这种经济上的保障，对投保人来说是一种期待的利益。

4. 保险合同是一种格式合同

保险合同的内容是由保险人提出，投保人只能在此基础上做出投保或不投保的决定。

5. 保险合同是一种射幸合同

“射幸”即碰运气的意思。在保险合同的有效期内，若发生保险标的的损失，被保险人从保险人处将得到远远超过其支付保险费价值的赔偿金额；反之，若无损失发生，被保险人只付出保费而无任何收入。

【例题 10－1 单选题】 在保险合同中，投保人交付保险费，买到的只是一个将来可能获得补偿的机会，这说明保险合同具有(　　)。

A. 附合性　　B. 议商性　　C. 要式性　　D. 射幸性

【答案】 D

10.2.3 保险合同的分类

根据不同的标准，可将保险合同分为不同的种类。

1. 财产保险合同与人身保险合同

依据保险合同标的的不同，保险合同分为财产保险合同与人身保险合同。

（1）财产保险合同。是指以物或者其他财产利益为保险标的的保险合同。财产保险有广义和狭义之分。狭义财产保险，其标的是有形的，是处于静态中的财产，如企业的厂房、设备等。广义的财产保险，其标的还包括无形的财产权利和责任，是处于运动中的财产，如运输中的货物、行驶中的车辆、航行中的船舶、飞行中的飞机，以及生长中的种植物和养植物等。我国目前开办的财产保险主要有国内财产保险、农业保险和涉外保险三种类型。

（2）人身保险合同。是指以人的生命或身体为保险标的的保险合同，如人寿保险、健康保险、老年保险、伤残保险等。我国目前开办的人身保险有简易人身保险、团体人身意外伤害保险、团体人身保险、养老金保险、医疗保险、学生平安保险以及涉外人身保险等。

2. 强制保险合同与自愿保险合同

依据保险合同实施形式的不同，保险合同可分为强制保险合同与自愿保险合同。

(1) 强制保险合同。又称为法定保险合同，是指依据法律的规定而强制实施的保险合同，如铁路、飞机、轮船旅客意外伤害强制保险，以及我国有的地方实行的车辆第三者责任保险等。强制保险多基于国家社会经济政策需要而设立，主要适用于诸如交通工具责任、产品责任、公共责任、雇工责任、职业责任等领域。

(2) 自愿保险合同。是指基于投保人自己的意思而订立的保险合同。投保人与保险人订立保险合同，应当遵循公平互利、协商一致、自愿订立的原则，除法律、行政法规规定必须保险的以外，保险公司和其他单位不得强制他人订立保险合同。

3. 原保险合同与再保险合同

依据保险人的责任次序的不同，保险合同可分为原保险合同与再保险合同。

(1) 原保险合同。又称为第一次保险，是指保险人对被保险人承担直接责任的原始保险合同。

(2) 再保险合同。又称为分保合同或第二次保险合同。保险人将其承担的保险业务，以承保的形式，部分转移给其他保险人的，即再保险。保险人为了避免自己承保的业务遭受巨额损失，可以将其承保的保险业务分给其他保险人一部分，使数家保险公司对同一保险事故承担责任，增加了保险的可靠性。再保险制度的建立不仅有利于保险人赔偿损失责任的分担，而且有利于保护被保险人的利益。

原保险是保险人与投保人之间的保险合同关系，而再保险则是原保险人与再保险人之间的保险合同关系，是原保险人对其所承担的风险责任进行转移的法律行为。原保险是再保险的基础，再保险人的保险责任以原保险人的责任为前提。但是，再保险合同又是独立的合同，再保险合同的当事人是分出人与分入人，原保险合同的投保人、被保险人、受益人是再保险合同的利害关系人。因而，再保险人与原保险合同的投保人不发生任何直接的权利义务关系。据此，再保险接受人不得向原保险的投保人要求支付保险费。原保险的被保险人或者受益人，不得向再保险接受人提出赔偿或者给付保险金的请求。再保险的分出人不得以再保险接受人未履行再保险责任为由，拒绝履行或者迟延履行其原保险责任。

【例题 10-2 多选题】 下面关于再保险的说法正确的是(　　)。

A. 保险人将其承担的保险业务以分保形式部分转移给其他保险人的，为再保险

B. 再保险接受人不得向原保险的投保人要求支付保险费

C. 原保险的被保险人或者受益人不得向再保险接受人提出赔偿或者给付保险金的请求

D. 再保险分出人不得以再保险接受人未履行再保险责任为由，拒绝履行或者迟延履行其原保险责任

【答案】 ABCD

4. 单保险合同与复保险合同

依据保险人的人数的不同，保险合同可分为单保险合同与复保险合同。

(1) 单保险合同。是指投保人以一个保险标的、一个保险利益、一个保险事故同一个保险人订立保险合同的保险。

(2) 复保险合同。又称重复保险合同，是指投保人以同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别向两个以上的保险人订立的保险合同。根据保险法的规定，复保险的保

险金额总和超过保险价值的，各保险人的赔偿金额的总和不得超过保险价值。

5. 足额保险合同与不足额保险合同

依据保险金额与保险价值之间的关系，保险合同可分为足额保险合同与不足额保险合同。

（1）足额保险合同。是指保险金额等于保险价值的保险合同。保险事故发生时，若保险标的全部损失，保险人按保险金额全部赔偿；若部分损失，保险人按实际损失额赔偿。

（2）不足额保险合同。是指保险金额低于保险价值的合同，在这种合同中，保险人对被保险人损失的赔偿责任仅以保险金额为限，超出保险金额以外的部分损失，保险人不承担赔偿责任。

实务中还有超额保险合同的情形，即保险金额大于保险价值。根据我国保险法的规定，保险金额不得超过保险价值，超过保险价值的，超过部分无效。

10.2.4 保险合同的成立与生效

1. 保险合同成立及成立要件

我国《保险法》第10条规定："保险合同是投保人与保险人约定权利义务关系的协议。"也就是说，当事人双方就保险合同的内容协商达成一致，保险合同即告成立。从保险合同订立的程序看，保险合同的订立要经过要约与承诺两个阶段，又称投保与承保。

一般来说，投保是一种要约；承保是保险人同意承保的意思表示，是一种承诺。承诺生效时保险合同成立。按照合同法理论，所谓合同的成立是指合同因符合一定的要件而客观存在，其具体表现就是将要约人单方面的意思转化为双方一致的意思表示。保险合同具备了成立的要件将宣告成立，但已经成立的合同必须符合一定的生效要件，才能产生法律约束力。保险合同成立解决了保险合同是否存在的问题，但并没有解决保险合同是否生效的问题。也就是说，即使保险合同已经成立，如果不符合保险合同规定的生效要件，仍然不能产生法律效力。

我国《保险法》第13条规定："投保人提出保险要求，经保险人同意承保，并就合同的条款达成协议，保险合同成立。"

依照这一规定，保险合同的一般成立需要满足以下三个要件：

（1）投保人提出保险要求。投保人提出保险要求即投保人以订立保险合同为目的的意思表示，在实践中表现为投保人主动要求填写投保单，或经保险代理人的要约引诱而填写投保单，即投保人向保险人发出申请订立保险合同的书面要约。

（2）保险人同意承保。保险人收到投保人所填写的投保单后，经逐项审查，认为符合保险条件，愿意接受投保人的保险要求并表示同意。这种同意承保在实践中主要表现为保险人的言辞、书信表示同意，或者保险人将保险费收据交付投保人，也表明同意承保。

（3）保险人与投保人就合同的条款达成协议。在保险合同的成立过程中，无论是通过投保单的形式，还是通过保险人与投保人当面洽谈协商或者其他形式，订立保险合同都是投保人与保险人就保险合同条款不断协商的过程，是要约、反要约、再要约直至承诺的过程。应当明确的是，投保单虽然为要约，但如果保险人签发的保险单或保险费收据内载有其他条件，且必须由投保人同意的，则保险单或保险费收据应视为保险人向投保人发出的

新要约，只有经过投保人的反承诺，保险合同方能成立。

因此，一项保险合同的成立，关键在于保险人与投保人双方是否就保险合同的主要条款达成了一致的协议，达成一致即告成立。

2. 保险合同生效及生效要件

保险合同的生效是指已经成立的保险合同对当事人产生的法律约束力。我国《合同法》第8条第1款规定："依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。"据此，依法成立的保险合同，也具有法律效力，产生一定的法律后果，对投保人和保险人具有约束力，双方当事人中任何一方不得擅自变更和解除。那么保险合同经双方当事人协商达成一致后是否都会发生法律效力，都能受到法律保护呢？答案显然是否定的只有依法成立的保险合同才具有法律效力，依法成立即依照《保险法》及其他法律法规规定的条件而成立。

具体而言，保险合同的生效要满足以下三个条件：

(1) 主体合格。即双方当事人在订立保险合同时具有相应的民事行为能力。就投保人而言，必须是具有完全民事行为能力的自然人、依法成立的法人或者其他经济组织；就保险人而言，必须是依法设立的保险公司，且须在其营业执照核准的营业范围内订立保险合同。

(2) 意思表示真实。即双方当事人在订立保险合同时的意思表示必须符合自己的真实内在意思。如投保人故意谎报被保险人的年龄、健康状况，隐瞒保险标的真实情况而与保险人签订的保险合同，保险人由于受欺诈，虽然与投保人就保险合同达成了协议，但没有反映出当事人的真实内在意思，也即表意与真意不一致，由此产生的保险合同应属无效合同。

(3) 合同内容合法。即保险合同的内容不得违反法律或社会公共利益。

我国《合同法》第52条规定："有下列情形之一的，合同无效：①一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；②恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；③以合法形式掩盖非法目的；④损害社会公共利益；⑤违反法律、行政法规的强制性规定。"

就保险合同而言，则要求双方当事人签订保险合同应严格遵守《保险法》及有关法律法规，否则保险合同无效。如我国《保险法》第12条规定："投保人对保险标的应当具有保险利益，投保人对保险标的不具有保险利益的，保险合同无效。"

10.2.5 保险合同的内容

狭义的保险合同内容仅指合同当事人依法约定的权利和义务；广义的保险合同内容则是指以双方权利义务为核心的保险合同的全部记载事项。在这里我们所讲的保险合同内容指的是广义的保险合同的内容。

由于保险合同一般都是依照保险人预先拟订的保险条款订立的，因而在保险合同成立后，双方当事人的权利和义务就主要体现在这些条款上。

1. 保险条款的分类

按照保险条款的目的和作用不同，可将其分为基本条款和附加条款。

(1) 基本条款

基本条款又称普通条款，是指保险人在事先准备的保险单上，根据不同险种而规定的有关保险合同当事人双方权利义务的基本事项。它往往构成保险合同的基本内容，是投保

人和保险人签订保险合同的依据。

(2) 附加条款

附加条款又称单项条款，是指保险合同当事人双方在基本条款的基础上所附加的，用以扩大或限制原基本条款中所规定的权利和义务的补充条款。它产生的原因主要在于：①扩大基本条款的伸缩性，以适应投保人的特别需要；②变更原保险单的合同内容，如扩大承保危险责任、增加保险标的数量等，也可以用以减少原规定的除外责任或缩小原规定的承保范围。

在保险实务中，一般把基本条款所规定的保险人承保的危险叫作基本险；附加条款所规定的保险人承保的危险叫作附加险。保险条款的这种特殊构成决定了投保人只有在投保基本险的基础上，才能投保附加险，而不能单独投保附加险。

2. 保险合同的内容

根据我国《保险法》第19条规定，在保险合同中一般应包括以下几方面事项：①保险人的名称和住所；②投保人、被保险人、受益人的名称和住所；③保险标的；④保险责任和责任免除；⑤保险价值和保险金额；⑥保险期限；⑦保险费及其支付办法；⑧保险金赔偿或给付办法；⑨违约责任和争议处理。

3. 保险合同的形式

(1) 投保单。投保单是投保人向保险人申请订立保险合同的书面要约，由投保人在申请保险时填写，保险人根据投保单签发保险单。投保单是保险合同的重要组成部分。在投保单中，一般列明订立保险合同所必需的项目，如投保人和被保险人的姓名，被保险人的年龄、性别、家庭住址、通信地址、联系电话、投保险种、保险金额等。如果投保单填写的内容不实或投保人故意隐瞒、欺诈，都将影响保险合同的效力。

(2) 保险单。保险单是保险人与投保人订立正式保险合同的书面凭证。它由保险人制作、印刷、签发，并交付给投保人。保险单要将保险合同的全部内容详尽列明，其主要内容有：①声明事项，即投保人向保险人应做的说明事项，如被保险人姓名、年龄、保险标的及其所在地、保险金额、保险期限以及对有关危险货物性质的说明及承诺等；②保险责任，即保险人所承担的保障风险项目及其赔付责任；③除外责任，即对保险人风险承担责任的限制；④附注条件，一般是合同双方的权利和义务的规定等。

保险单在某些情况下，有类似有价证券的作用，被称为“保险证券”，如长期寿险保单本身包含一定的现金价值，可据以向保险人质押贷款。

(3) 保险凭证。保险凭证也称“小保单”，是保险人向投保人签发的证明保险合同已经成立的书面凭证，是一种简化了的保险单。

(4) 暂保单。暂保单也称临时保险单，是指保险人在签发正式保险单之前，出立的临时保险凭证。

10.2.6 保险合同的变更、解除和终止

1. 保险合同的变更

1) 保险合同变更的概念

广义上指保险合同成立后发生的各种变动，包括保险合同主体的变更、保险合同内容

的变更和保险合同效力的变更。狭义上指保险合同内容的变更，即保险合同生效后，没有履行或没有完全履行之前，因订立合同所依据的主客观情况发生变化，由当事人依照法律规定的条件和程序，对原合同的某些条款进行修改或补充。

我国《保险法》第 21 条规定：在保险合同有效期内，投保人和保险人经协商同意，可以变更保险合同的有关内容。变更保险合同的，应当由保险人在原保险单或者其他保险凭证上批注或者附贴批单，或者由投保人和保险人订立变更的书面协议。保险合同的约定，可以归结为当事人约定、受益人约定和其他事项约定三个方面，所以，保险合同的变更可以分为当事人变更、受益人的变更和内容的变更。在变更保险合同时，保险人应当在原保险单上批注，以资证明和确认保险合同的变更。保险人没有签发保险单而是签发其他保险凭证的，变更保险合同时，应当在该保险凭证上批注。保险人在保险单或者其他保险凭证上批注保险合同的变更，可以直接手写或者打字于保险单或者保险凭证上，也可以在保险单或者其他保险凭证上加贴批单。加贴批单时，保险人应当在批单和保险单或者其他保险凭证的粘接处签字盖章，以示郑重。变更保险合同，保险人除了在保险单或者其他保险凭证上批注外，还可以与投保人另定变更保险合同内容的书面协议。以批注变更保险合同和另订书面协议变更保险合同，具有相同的效果。保险合同当事人的变更，是指投保人、被保险人及受益人的变更，保险合同的主体变更实际上就是保险合同的转让。

在我国，对不同险种所规定的主体变更程序各不相同。对于一般财产保险，合同主体的变更必须得到保险人的同意。对于货物运输保险的保险单或者保险凭证的转移，无须征得保险方的同意。保险合同的被保险人或投保人变更后，原被保险人或投保人的权利和义务一同转移。保险合同的内容的变更，是指体现双方权利义务关系的合同条款的变更。保险合同的内容的变更可以分为两种情况：一种是投保人根据需要而变更合同的某些条款，如延长或缩短保险期，增加或减少保险金等；另一种是当情况发生变化，必须变更合同的内容时，投保方应及时通知保险人更改合同的某些条款，否则将产生相应的法律后果。

2）保险合同变更的类型

保险合同的变更可以分为合同主体的变更和保险合同内容的变更两种形式。

（1）投保人或被保险人的变更。投保人或者被保险人的变更属于合同的转让或者保险单的转让，投保人或者被保险人在保险合同有效期内将保险合同利益转让给第三人，从而引起保险合同的变更。这实际上是合同主体的变更，但这种主体的变更一般只限于投保人或者被保险人，保险人并不会发生变更。根据《保险法》规定，保险标的的转让应当通知保险人，保险人同意继续承保后，依法变更合同。

（2）保险合同内容的变更。这是指在保险合同有效期内对保险合同的内容进行的修改或者补充，如保险标的的数量、品种的增减，用途、存放地点的变化，保险金额、保险价值、保险费的增减以及人身保险合同中所指定受益人的变更等。

3）保险合同变更的方式

保险合同变更的方式有两种：一是协议变更；二是通知变更。

（1）协议变更。是指保险合同的变更必须经过投保人与保险人双方协商一致后，才发生保险合同变更的效力。如《保险法》第 21 条第 1 款规定，在保险合同有效期限内，投保人和保险人经协商同意，可以变更保险合同的有关内容。

（2）通知变更。是指保险合同的变更无须征得保险人的同意，只需投保人通知保险人

即可发生合同变更的效力。如货物运输保险合同的转移等。

2. 保险合同的解除

保险合同的解除是指在保险合同成立后，基于法定的或约定的事由，保险合同当事人行使解除权，从而使保险合同发生自始无效的后果的单方法律行为。保险合同成立后即具有法律约束力，当事人不得随意解除合同。当事人解除合同，应当依照法律的规定或者当事人的约定。基于法定事由解除保险合同的，为法定解除权；基于约定原因而解除保险合同的，为约定解除权。

（1）投保人的解除权。除《保险法》另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除合同。这就是说，保险合同成立后，原则上，投保人可以随时解除保险合同，但须以法律或者合同无另外规定者为限制。如对于货物运输保险合同以及运输工具航程保险合同，在保险责任开始后，无论是保险人或者投保人(被保险人)均不得解除保险合同。

（2）保险人的解除权。与投保人的解除权相反，除《保险法》另有规定或者保险合同另有约定外，保险人不得解除合同。这就是说，原则上，保险人不得解除合同，但是，法律另有规定或者合同另有约定者除外。根据我国《保险法》的规定，投保人或被保险人有下述行为的，可以构成保险人解除保险合同的条件：①投保人故意隐瞒事实，不履行如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的；②保险人或者受益人在未发生保险事故的情况下，谎称发生了保险事故，向保险人提出赔偿或者给付保险金的请求的；③投保人、被保险人未按照约定履行其对保险标的安全应尽的责任；④在合同有效期内，保险标的的危险程度增加，被保险人未及时通知保险人的；⑤投保人申报的被保险人年龄不真实并且真实年龄不符合合同约定的年龄限制的，但合同成立后逾 2 年的除外。

3. 保险合同的终止

保险合同的终止是指保险合同的效力的永久性的停止，从而使得保险合同规定的当事人之间的权利义务归于消灭。

满足下列情况之一的，可终止保险合同：①保险合同因期限届满而终止；②保险合同因保险赔偿金或者保险金的给付而终止；③保险合同因解除而终止；④保险标的发生部分损失的，在保险人赔偿后 30 日内，投保人可以终止合同，除合同约定不得终止的以外，保险人也可以终止合同；⑤在以生存作为给付条件的人身保险合同中，被保险人或者受益人死亡，保险合同终止。

4. 保险合同的中止

保险合同的中止是指保险合同生效后，基于某种原因而发生效力中止。长期人身保险具有投资和储蓄功能，投保人可以分期交付保险费。在投保人交付第一期保险费以后，如未能按期交付后续保费，且逾期达到一定期间，即可导致保险合同效力的中止。我国《保险法》第 58 条规定：合同约定分期支付保险费，投保人支付首期保险费后，除合同另有约定外，投保人超过规定的期限 60 日未付当期保险费的，合同效力中止，或者由保险人按照约定条件减少保险金额。由此规定可见，保险合同的中止应满足以下条件：①投保人逾期未交付保险费，即投保人在支付首期保险费后，未能在合同约定的缴纳保险费的日期

或缴费宽限期向保险人缴纳保险费；②投保人逾期未交保险费的期间已超过60日，即投保人在保险合同约定的缴费日后经过60日仍未缴纳保险费，或者在保险合同约定的缴费宽限期届满后经过60日仍未缴纳保险费；③保险合同没有约定其他补救办法。例如，解除合同、减少保险金额、保险费自动垫交等。保险合同的中止，仅暂时中止保险合同的效力，虽然仍可通过一定方式使保险合同复效，但在保险合同效力中止期间，保险人不负保险责任。

【例题10-3多选题】 新《保险法》第36条规定，合同约定分期支付保险费，投保人支付首期保险费后，除合同另有约定外，投保人自保险人催告之日起超过30日未支付当期保险费，或者超过约定的期限60日未支付当期保险费的，合同效力（　　）。

A. 中断　　B. 中止　　C. 终止　　D. 丧失

【答案】 B

5. 保险合同的复效

保险合同的复效是指保险合同效力中止以后重新开始生效。我国《保险法》第59条规定：依照前条规定合同效力中止的，经保险人与投保人协商并达成协议，在投保人补交保险费后，合同效力恢复。但是，自合同效力中止之日起2年内双方未达成协议的，保险人有权解除合同。复效的具体条件是：①投保人有申请复效的意思表示。保险合同效力中止后，不存在自行复效的问题。投保人愿意恢复合同效力的，必须向保险人提出复效申请，投保人的复效申请一般通过填写复效申请书来完成。②被保险人的身体健康状况符合投保条件。③投保人补交合同中止所欠的保险费及利息。引起保险合同效力中止的主要原因就是投保人不交纳保险费，要使中止的合同复效，就应当消除导致合同中止的因素，即补交保费。④保险人同意投保人提出复效申请，必须经过保险人的同意。根据《保险法》的规定，保险人对投保人提出的复效申请表示同意，是合同复效的必要条件之一。只有同时具备以上条件，中止的保险合同才能复效。如果双方当事人未达成复效协议，那么如保险合同中止期间未满2年，保险人行使解除权的条件尚未成就，或者虽然成就，但保险人未行使解除权的，合同效力仍处于中止状态；如保险合同中止期间已满2年，且保险人解除合同，则合同效力终止。

10.2.7 保险合同的解释

1. 保险合同解释概述

保险合同解释是指在保险合同的条款或者内容发生争议时，当事人对保险合同使用的语言文字有不同认识的，依照法律规定的方式或者常用的方式，对保险合同的内容予以确定或者说明。

在对保险合同的解释原则上，我国《保险法》第31条规定，人民法院或仲裁机关应当作有利于被保险人和受益人的解释。对保险合同作不利于保险人的解释，原因在于保险合同已经基本上实现了格式化。而格式保险合同由保险人备制，极少反映投保人、被保险人或者受益人的意思，投保人在订立保险合同时一般只能表示接受或不接受保险人拟就的条款。另外保险合同的格式化也实现了合同术语的专业化，保险合同所用术语非普通人所能理解，这在客观上也有利于保险人的利益。因此为了保护被保险人或者受益人的利益，

各国均采用不利于保险人的解释原则。

对保险合同用不利于保险人的解释原则不是在任何情形下都使用，而只是在当事人或被保险人、受益人对保险合同条款有争议时，并且用其他解释原则不能解释的情况下才能适用。

2. 保险合同解释的原则

保险合同解释应遵循以下原则：

1）文义解释原则

文义解释原则即按照保险合同条款通常的文字含义并结合上下文解释的原则。如果同一词语出现在不同地方，前后解释应一致，专门术语应按本行业的通用含义解释。

2）意图解释原则

意图解释原则是指必须尊重双方当事人在订约时的真实意图进行解释的原则。这一原则一般只能适用于文义不清，条款用词不准确、混乱模糊的情形，解释时要根据保险合同的文字、订约时的背景、客观实际情况进行分析推定。

3）有利于被保险人和受益人的原则

按照国际惯例，对于单方面起草的合同进行解释时，应遵循有利于非起草人的解释原则。由于保险合同条款大多是由保险人拟定的，当保险条款出现含糊不清的意思时，应作有利于被保险人和受益人的解释。但这种解释应有一定的规则，不能随意滥用。此外，采用保险协议书形式订立保险合同时，由保险人与投保人共同拟定的保险条款，如果因含义不清而发生争议，并非保险人一方的过错，其不利的后果不能仅由保险人一方承担。如果一律作对于被保险人有利的解释，显然是不公平的。

4）批注优于正文、后批优于先批的解释原则

保险合同是标准化文本，条款统一，但在具体实践中，合同双方当事人往往会就各种条件变化进一步磋商，对此大多采用批注、附加条款、加贴批单等形式对原合同条款进行修正。当修改与原合同条款相矛盾时，采用批注优于正文、后批优于先批、书写优于打印、加贴批注优于正文批注的解释原则。

5）补充解释原则

补充解释原则是指当保险合同条款约定内容有遗漏或不完整时，借助商业习惯、国际惯例、公平原则等对保险合同的内容进行务实、合理的补充解释，以便合同的继续执行。

10.3 保险监管制度

10.3.1 保险监管概述

1. 保险监管的概念

保险监管是指政府的保险监管部门为了维护保险市场秩序，保护被保险人及社会公众的利益，对保险业实施的监督和管理。

1）保险监管的主体

保险监管的主体，即享有监督和管理权利并实施监督和管理行为的政府部门或机关，

也称为监督管理机关。不同国家的保险监管机关有不同的形式和名称。目前，我国保险监管机关是中国保险监管委员会。中国保险监管委员会成立于1998年11月，是国务院的直属事业单位，是全国商业保险的主管机关，根据国务院授权履行行政管理职能，依照法律、法规统一监督管理中国保险市场。在中国保险监管委员会成立之前，我国保险监管机关是中国人民银行。

2）保险监管行为的性质

对于保险监管行为的性质，一方面是以法律和政府行政权力为根据的强制行为。保险监管这种强制性的行为不同于以自愿为基础的保险同业公会对会员公司的监督管理，不同于以产权关系为基础的母公司对子公司的监督管理，也不同于以授权为根据的总公司对分支机构的监督管理。另一方面，在市场经济体制下，保险监管的性质实质上属于国家干预保险经济的行为。在市场经济条件下，为防止市场或市场配置资源失灵，国家具有干预经济的基本职能。

对于保险市场而言，保险监管部门一方面要体现监督职能，规范保险市场行为，防止"市场失灵"，维护保险市场秩序，保护被保险人及社会公众的利益。具体而言，监督保险公司及其分支机构、保险中介的市场行为是否合乎法律、法规和部门规章，对于违反者予以查处，还需监测保险公司的偿付能力和经营风险，督促保险公司防范和化解经营风险。另一方面要体现管理职能，根据国务院授权履行行政管理职能，优化保险资源的配置，调控保险业的发展。具体而言，批准设立保险公司及其分支机构，审查保险机构高级管理人员任职资格，制定或受理基本保险条款和费率，办理保险许可证和变更事项等。

3）保险监管的领域、内容和对象

保险监管仅限于商业保险领域，不涉及社会保险领域。保险监管的内容是保险经营活动，除涉及保险组织的相关内容外，主要指保险业务经营活动，即"保险保障的生产"和"风险转移的生产"活动，还包括资金运用等领域。需要指出的是，保险监管对有些保险经营活动(如保险资金运用)需要与其他监督管理部门协调(如证监会)来实施监督管理。例如，为了加强对保险公司股票投资的管理，中国保监会与中国银监会联合下发《保险公司股票资产托管指引》，中国保监会与中国证监会联合下发《关于保险机构投资者股票投资交易有关问题的通知》和《保险机构投资者股票投资登记结算业务指南》，这些规章和规范性文件共同构成了保险机构投资者股票投资的基本制度和政策框架。保险监管的对象是保险产品的供给者和保险中介人。保险产品的供给者是指保险人，具体包括保险公司、保险公司分支机构。保险中介人是辅助保险人和被保险人从事保险业务活动的，如保险代理人、保险经纪人。

4）保险监管的依据

保险监管的依据是有关的法律、行政法规、规章和规范性文件。在我国，法律主要是指全国人民代表大会及其常务委员会通过的法律，如《保险法》《公司法》《海商法》等；行政法规是指国务院制定和发布的条例，如《外资保险公司管理条例》；规章是指中国保监会和国务院有关部委制定和发布的部门规章，如中国保监会发布的《保险公司管理规定》《保险代理机构管理规定》《保险经纪机构管理规定》等；规范性文件是指国务院、中国保监会、国务院有关部委发出的通知、指示、命令或制定的办法。这些通知、指示、命令或制定的办法虽不属于行政法规和部门规章，但具有执行效力，对保险业务的经营具有

普遍的约束力，也是保险监管的依据。

2. 保险监管的必要性

由于保险经营具有特殊性，在市场经济条件下保险市场运行可能出现“市场失灵”，因此，保险监管是必要的。

保险经营的特殊性是世界上绝大多数国家对保险业实行严格监督管理的基本原因。保险业的特殊性体现在：

（1）保险经营的公共性。保险公司的投保人或被保险人是社会上的千家万户，保险公司能否持续经营，会广泛、长期地影响到广大客户的利益，如果保险公司经营不善，破产或倒闭退出而不能正常履行其赔偿或给付职能，将使广大客户即社会公众利益受到损害，影响社会稳定。

（2）保险经营的负债性。保险公司经营的负债是指保险公司通过收取保险费建立保险基金来履行其赔偿或给付职能，保险基金很大一部分是以保险准备金的形式存在的，保险公司提取准备金所形成的负债是确定的，而保险公司应承担义务所形成的负债因风险事故的不确定而不确定。因此，对于保险公司而言，如何对保险公司的负债项目进行评估，如何合理计提准备金，以及如何运用负债准备金进行投资都是非常重要的。而银行等金融机构和一般企业的负债往往是确定的。

（3）保险合同的特殊性。保险合同具有附和性和射幸性。保险合同的附和性表现为保险人确定承保的基本条件，规定双方的权利与义务，投保人一般只能依据保险人设定的标准合同进行选择，难以对合同的内容提出变更意见。加之保险合同专业性强，所以，保险合同往往是在一种信息不对称、交易力量不对等的基础上建立起来的。一些国家从保护被保险人权益的角度出发，对保险合同的条款、保险费率等内容进行严格审核，以达到公平合理的目的。保险合同具有射幸性，是因为保险合同约定的是在未来保险事故发生时，由保险人承担赔偿损失或给付保险金责任的合同。保险人所承保的保险标的的风险事故是不确定的，而投保人购买保险时支付的保费与保险标的一旦发生保险事故时，被保险人所能获得的赔偿或给付金是不对等的。从个体保障的角度看，保险人的保险责任远远高于其所收取的保费，这种关系需要通过政府监督管理的手段来确保保险合同交易的公平合理。

（4）保险交易过程的特殊性。现代商业保险交易总是先向众多的被保险人收取保费，保险事故发生后才向个别被保险人支付赔款或给付保险金，这是事前分摊的方式，而不是事后分摊方式，保险公司无论何时破产，破产的保险公司的客户都会遭受损失。另外，保险交易过程时间远远长于一般企业的交易过程，对于大部分财产保险而言，保险期限是1年的时间，对于大部分人身保险则可能是5年、10年，甚至几十年的时间。保险交易过程期限的延长，使保险公司的经营风险具有隐蔽性、累积性和社会性。保险经营具有的特殊性使保险业隐含的风险增加，需要加强保险监管防范和控制风险。

保险市场运行可能出现的“市场失灵”主要表现在：①市场功能有缺陷，如有一些当事人不付代价便可得到来自外部经济的好处。②市场竞争失灵，如市场竞争可能导致垄断，垄断会产生进入市场的障碍，从而破坏市场机制，排斥竞争，导致效率的损失。③市场调节本身具有一定的盲目性，从价格形成、信号反馈到产品开发的时间差，可能造成保险产品的供给与需求的某种失衡。另外，企业和个人掌握的经济信息不足，微观决策也带有一定的被动性和盲目性。④市场信息的不对称性，导致市场失灵，如与保险人相比，被

保险人的信息相对不足，被保险人的经济福利不能最大化，有时还由于提供虚假的信息和不公正交易使被保险人的利益受到损失。此外，投保人或被保险人利用信息不对称进行逆选择。因此，为了弥补保险市场运行本身的弱点和缺陷，减少或消除这些“市场失灵”的情况及其影响，保险监管无疑具有必要性和合理性。

3. 保险监管的目的

1）保护被保险人的利益

保险合同的附和性特点使被保险人在与保险人进行交易时处于相对不利的位置，即使被保险人可以通过保险经纪人办理保险业务，或者可以拟订协议条款或合同，但与保险公司的地位和能力相比，或者从保险交易方式看，被保险人是先交费，在发生保险事故后才向保险人索赔，被保险人还是处于相对不利的地位和属于弱势群体。如果保险公司经营行为不规范、不守信用就会损害被保险人的利益，因此需要通过保险监管来保护被保险人的利益。

2）维护保险市场的秩序

保险监管的另一目的是维护保险市场秩序，为保险业提供公平竞争的机会和环境。为保险业提供公平竞争的机会体现在：保证社会资源在保险业中的公平合理配置，保证不同的保险公司享有均等的业务经营机会。为保险业提供公平竞争的环境是指保险监管部门对于保险公司采取不正当的竞争手段的行为，必须采取处罚等措施，纠正不规范的竞争行为，从而保证保险公司之间能够公平竞争。

10.3.2 保险监管的原则

1. 依法监督管理原则

保险监管部门必须依照有关法律或行政法规实施保险监管行为。保险监管行为是一种行政行为，不同于民事行为。凡法律没有禁止的，民事主体就可以从事民事行为；对于行政行为，法律允许做的或要求做的，行政主体才能做或必须做。保险监管部门不得超越职权实施监督管理行为，同时，保险监管部门又必须履行其职责，否则属于失职行为。

2. 独立监督管理原则

保险监管部门应独立行使保险监管的职权，不受其他单位和个人的非法干预。当然，保险监管部门实施监督管理行为而产生的责任（如行政赔偿责任）也由保险监管部门独立承担。

3. 公开性原则

保险监管需体现透明度，除涉及国家秘密、企业商业秘密和个人隐私以外的各种监管信息应尽可能向社会公开，这样既有利于保险监管的效率，也有利于保险市场的有效竞争。

4. 公平性原则

保险监管部门对各监督管理对象要公平对待，必须采用同样的监管标准，创造公平竞争的市场环境。

5. 保护被保险人利益原则

保护被保险人利益和社会公众利益是保险监管的根本目的，同时也是衡量保险监管部门工作的最终标准。

6. 不干预监督管理对象的经营自主权的原则

保险监管对象是自主经营、自负盈亏的独立企业法人，在法律法规规定的范围内，独立决定自己的经营方针和政策。保险监管部门对监督管理对象享有实施监督管理的权利，负有实施监督管理的职责，但不得干预监督管理对象的经营自主权，也不对监督管理对象的盈亏承担责任。

10.3.3 保险监管方式和方法

1. 保险监管方式

1）公告管理方式(公示方式)

公告管理方式是指国家对保险业的实体并不加以任何直接管理，仅规定保险企业必须按照政府规定的格式及内容，定期将资产负债、营业结果以及其他有关事项予以公告。公告管理方式是国家对保险市场最为宽松的一般管理方式。公告管理方式的优点是使保险业在自由竞争的环境中得以自由发展；其局限性是一般公众对保险业的优劣的评判标准不易准确掌握，对不正当的经营无能为力。随着保险业竞争的激烈，政府对保险业监管愈加严格，这种方式逐渐被放弃。

2）规范管理方式

规范管理方式是由政府规定保险业经营的一定准则，要求保险业共同遵守的方式。政府对保险经营的重大事项，如最低资本额、资产负债比例、投资运用等方面，均有明确规定。这种管理方式较公告管理方式的管理有进步，但政府对保险业的管理只是形式上的合法审查。由于保险经营专业技术性强，有关法规很难适应各个方面。所以实务中时有发生形式上合法而实质上不合法的现象，难以管理。因此，这种管理方式也已不被采用。

3）实体管理方式

实体管理方式指国家制定完善的保险管理规则，国家保险管理机关具有较高的权威和灵活处理的能力，对保险企业的设立、经营、财务、业务及破产清算等均实行有效监管。这是一种较为严格的监管方式。目前大多数国家采用此种方式，如日本、美国、德国等。我国保险监督管理机构对保险业的监管亦采用此种方式。

2. 保险监管方法

保险监督管理部门对保险监督管理对象进行监督管理的方法主要有现场检查和非现场检查两种。

1）现场检查

现场检查是指保险监督管理机构及其分支机构派出监督管理小组到各保险机构进行实地调查。现场检查有定期检查和临时检查两种，临时检查一般只对某些专项进行检查，定期检查要对被检查机构做出综合评价。现场检查的重点是被检查保险机构内部控制制度和治理结构是否完善，财务统计信息是否真实准确，保险投诉是否确实合理。为保证现场检

查管理的质量，保险监督管理机构要建立清楚的、与检查频率和范围有关的规定，同时制定必要的检查程序和处理方法，以确保工作的严格进行，保证既定指标和检查结果相统一。现场检查一般分为检查准备阶段、检查实施阶段、报告与处理阶段、执行决定与申诉阶段、后续检查阶段这五个阶段。

2）非现场检查

非现场检查是指保险监督管理部门审查和分析保险机构各种报告和统计报表，依据报告和报表审查保险机构法律法规和监督管理要求的执行情况。非现场检查能反映保险机构潜在的风险，尤其是现场检查间隔阶段发生风险的可能，从而提前防范风险。由于非现场检查要汇总分析各类报表资料，从中既可以发现个别保险机构存在的问题，也可以把握整个保险系统以及市场体系的总体趋势，还能为保险监督管理机构的业务咨询工作提供依据。为确保非现场检查方式在保险风险监督管理中发挥应有的效力，要求保险公司的报表具有时效性、准确性和真实性。在西方发达国家，非现场检查得到了普遍的重视和应用。而在大多数发展中国家，由于报告信息资料和数据准确性差，使风险分析和评估缺乏可靠性和科学性。

为有效发挥非现场检查的作用，保险监督管理机构要制定各种各样的标准报表，每个保险公司根据不同的内容分别按月、季、半年、年向监督管理机构报送。一般来说，资产负债表按月报送，反映资产流动性的报表按季报送，反映经营业绩的报表按年报送。保险监督管理机构收到这些报表后，对保险公司的各种风险进行评估，如果发现问题，便责令保险公司立即整改。必要时，聘用外部注册会计师或审计师检查，这是现场检查方式的协同检查，这种检查工作不是由保险监督管理机构来操作，而是由其聘请的注册会计师和审计师来操作，或者由双方共同完成。

现场检查与非现场检查这两种监管方法各有特色。非现场检查限于反映一个时点信息，能够帮助我们有效地确定开展现场检查的范围，调整进行现场监督的频率，增强现场检查的针对性，它的作用的发挥完全依赖于资产负债表等报表的真实性。而现场检查方法可以获得真实和全面的信息，为被检查单位做出准确评价提供了依据。通常情况下，应该把现场检查和非现场检查两种方法结合运用。

10.3.4 保险监管的内容

1. 偿付能力监督管理

1）偿付能力概念

偿付能力是指保险公司偿付其到期债务的能力。在保险经营中，保险人先收取保险费，后对保险损失进行赔付。先收取的保险费被视为保险人的负债，赔偿或给付保险金被视为对负债的偿付。偿付能力大小用偿付能力额度表示。偿付能力额度等于保险人的认可资产与实际负债之间的差额。

保险公司的偿付能力分为保险公司的实际偿付能力和保险公司最低偿付能力。保险公司的实际偿付能力即在某一时点上保险公司认可资产与认可负债的差额。保险公司最低偿付能力是指由《保险法》或保险监督管理机构颁布有关管理规定的，保险公司必须满足的偿付能力要求。如果保险公司认可资产与负债的差额低于这一规定的金额，即被认为是偿付能力不足。我国《保险法》第98条规定："保险公司应当具有与其业务规模相适应的最

低的偿付能力。保险公司的实际资产减去实际负债的差额不得低于保险监督管理机构规定的数额，低于规定数额的，应当增加资本金，补足差额。”最低偿付能力的确定，保证金的提存和法定再保险业务的安排等方面的规定，都是对保险公司偿付能力监督管理的重要措施。

2）偿付能力监督管理的环节

保险公司偿付能力监督管理是指保险监督管理部门对保险公司的偿付能力实行的监督和管理，包括偿付能力评估和偿付能力不足处理两个环节。

（1）偿付能力评估。偿付能力评估是对保险公司的偿付能力是否充足进行的评估、检测。

预防性的保险偿付能力指标监督管理。为了评估和检测保险公司的偿付能力，许多国家都制定保险偿付能力监督管理指标。保险偿付能力监督管理指标的性质属于监督管理中的预防性指标，而不是强制性的指标。按照《保险公司偿付能力额度及监督管理指标管理规定》，中国保监会可通过预警指标体系对保险公司的偿付能力状态和变化趋势进行监测，对指标超过正常范围的个数达到4个以上的公司，保监会将要求公司进行解释、提交改进报告，或者实施进一步的检查以评估其偿付能力。

强制性的偿付能力额度监督管理。具体包括最低偿付能力额度的计算和实际偿付能力额度的确认。一般地说，偿付能力监督管理直接表现为偿付能力额度的监督管理。我国《保险公司偿付能力额度及监督管理指标管理规定》明确指出，保险公司应当根据保障被保险人利益，保证偿付能力的原则，稳健经营，确保实际偿付能力额度随时不低于应具备的最低偿付能力额度。

为配合对偿付能力的监督管理，应建立及时的财务报告制度。保险监督管理机构定期检查保险企业的财务报告，发现有问题的企业，及时进行处理。

（2）偿付能力不足处理。偿付能力不足处理是对偿付能力不足的保险公司所做的处理决定，包括责令保险公司补充资本金、办理再保险、转让业务、停止接受新业务、调整资产结构等措施直至对保险公司接管。按照我国《保险公司偿付能力额度及监督管理指标管理规定》，凡是实际偿付能力额度低于法定最低偿付能力额度的，保监会将根据其严重程度分别采取责令提出整改方案、责令分保、限制经营费用规模、责令拍卖不良资产、限制高级管理人员薪酬水平和在职消费水平直至责令停止新业务和依法接管等措施。

在保险监督管理实践中，偿付能力监督管理的实际内容大于偿付能力额度监督管理，涉及保险公司的许多方面。因为影响偿付能力的因素有很多，或者产生保险公司偿付能力不足的原因有许多，包括资本金和盈余、定价和产品、投资、再保险、保险准备金、资产负债匹配及公司管理等。因此，如果简单地将偿付能力监督管理视为偿付能力额度监督管理，而忽视对影响偿付能力因素的监督管理，实质上将偿付能力监督管理变为事后监督管理，这样就不能有效地对偿付能力进行监督管理。可见，偿付能力是整个保险监督管理的一个核心内容。

2. 市场行为监督管理

保险市场行为监督管理是指对保险公司经营活动过程所进行的监督管理。主要包括以下环节：

1）保险机构的监督管理

（1）对保险人的组织形式的限制。保险人以何种组织形式进行经营，各个国家和地区根据本国国情均有特别规定。根据我国《保险法》第70条的规定，保险公司应当采取股份有限公司或国有独资公司的组织形式。随着我国保险业的不断发展，行业自保和互助合作保险等保险组织形式已相继出现，《国务院关于保险业改革发展的若干意见》（国发〔2006〕23号）明确规定："规范行业自保、互助合作保险等保险组织形式，整顿规范行业或企业自办保险行为，并统一纳入保险监管。"

（2）保险公司申请设立的许可。目前在保险市场准入的处理原则上，各国大致有两种制度。一种是登记制，即申请人只要符合法律规定进入保险市场的基本条件，就可以提出申请，经政府主管机关核准登记后进入市场。对于符合条件的申请，政府主管机关必须予以登记。另一种是审批制，即申请人不仅必须符合法律规定的条件，而且还必须经政府主管机关审查批准后才能进入市场。对于符合条件的申请，主管机关不一定予以批准。我国对保险市场的准入采用的是审批制。我国对保险公司实行较为严格的审批制度，根据《保险法》及《保险公司管理规定》，设立保险公司需经过申请、筹建和开业三个阶段。

（3）保险公司合规经营的监督管理。政府对保险企业监督管理的基本目的是保证保险公司合规经营，以保障被保险人的合法权益。如发现保险公司存在某些违反保险法规的行为时，可以责令保险公司限期改正。若保险公司在限期内未改正，保险监督管理机关可以决定对保险公司进行整顿。对于违法、违规行为严重的公司，保险监督管理机关可对其实行接管。被接管公司已资不抵债的，经保险监管机关批准可依法宣告破产。

（4）外资保险企业的监督管理。对外资保险企业的监督管理取决于各国社会制度、经济发展水平和民族保险业发展程度等因素。一般发达国家对外资保险企业限制较少，而发展中国家为维护本国利益，对外资保险企业的开业条件、经营业务范围、投资方向及纳税等都有严格要求。

2）经营范围的监督管理

保险公司所能经营的业务种类和范围由保险监督管理部门核定，保险公司只能在被核定的经营范围内从事保险经营活动。对经营业务范围的监督管理一般表现在两个方面：一是保险人可否经营保险以外的其他业务，即兼业问题；二是同一保险企业内部，是否可以同时经营性质不同的保险业务，即兼营问题。

3）保险条款的监督管理

鉴于保险的专业性以及保险合同的附和性，有的国家保险监督管理部门对保险条款进行比较严格的监督管理。对保险条款的监督管理，首先是对保险条款内容的监督管理，即对保险标的、保险责任与责任免除、保险价值与保险金额、保险费率、保险期限等的监督管理。除此之外，不少国家还对保险条款的格式、字体和用词都有严格的规定。

对于保险条款的监督管理，主要是通过保险条款的审批和备案进行操作。具体方式有以下几种：① 由保险监督管理部门制定，经营该项保险业务的保险公司必须执行该条款；② 由保险公司自行拟定条款，报经保险监督管理部门审批或备案；③ 由保险公司拟定并使用，但在使用后一定时间内，需报保险监督管理部门备案，保险监督管理部门在接到备案后对条款进行审查，如发现条款中有法律禁止项、有危害社会公共利益项或显失公平项，则有权要求保险公司修改该条款，或终止执行该条款；④ 由保险同业协会依法制定

条款。我国1995年的《保险法》规定采取第一种方式，2002年修改后的《保险法》赋予了保险公司制定某些保险条款的权限，部分允许采用第二种方式。

4）保险费率的监督管理

对市场行为监督管理的核心是对保险费率的监督管理。保险费率监管的目的在于规范保险费率的管理范围，确立保险费率管理的政策及厘定原则；引导保险市场向合理竞争与健康方向发展；促使保险人致力于费用管理，提高经营效率；避免保险公司偿付能力不足的情况发生，维护被保险人的权益。

保险费率的监督管理方式可以分为强制费率、规章费率、事先核定费率、事先报批费率、事后报批费率和自由竞争费率等。就大多数国家而言，一般采用事先报批费率的办法。我国《保险法》第107条明确了保险条款费率的监管方式。

5）再保险的监督管理

对再保险业务进行监督管理，有利于保险公司及时分散风险，保持经营稳定。一般在发达国家，对再保险很少直接进行行政干预，也无具体的法定分保内容。但在发展中国家和地区，一般都由政府出资成立了官方专业再保险公司或开展半官方的政策性再保险业务，并对再保险进行监督管理，达到限制保险费外流，保护本国保险业发展的目的。在我国，《保险法》及《保险公司管理规定》均规定保险公司应当按照保险监督管理机构的有关规定办理再保险。保险公司需要办理再保险分出业务的，应当优先向中国境内的保险公司办理，坚持优先国内分保原则。此外，《保险法》规定保险公司承保的业务超过一定限额时，超过部分必须办理再保险，至于向哪一家保险公司办理，《保险法》并无规定，保险公司可以自由选择。我国《保险法》第99条和第100条明确了对再保险的相关规定。

6）资金运用的监督管理

资金运用是保险企业收入的一项重要来源，也是保证保险企业偿付能力的重要手段。保险公司可运用的资金总体来讲有资本金、准备金(包括未到期责任准备金、未决赔款准备金、寿险责任准备金、长期责任准备金、长期健康险责任准备金和保户储金等)和其他资金三部分。保险公司资金存在的形式是各种资产。保险公司的资产按用途的不同，可以分为两大类：一类是投资性的资产，其目的在于保值增值；另一类资产属于保险公司营业用等资产。在比较成熟的保险市场上，在保险公司的总资产中，投资性的资产一般占绝大部分。

保险监督管理部门需对保险公司的保险资金运用进行监督管理。对于寿险公司而言，如果资金运用收益率达不到寿险保单的预定利息率就会发生利差损，导致保险公司的亏损，不仅影响保险公司的市场竞争力，甚至导致保险公司无法履行保险责任，从而影响被保险人的利益。因此，对保险资金运用进行监督管理是必要的。

一般来说，保险资金运用监督管理的主要内容包括规定资金运用的范围、形式及各投资形式的比例限度等。目前，我国保险资金运用的形式包括银行存款，买卖政府债券，买卖金融债券，买卖中央企业债券，长期大额协议存款，投资银行次级债券、银行次级定期债务，买卖证券投资基金，债券回购，保险外汇资金境外运用，直接股票投资等，正在开展保险资金投资不动产，创业投资企业试点和支持保险资金参股商业银行等。保险资金的运用应遵循投资的基本原则，即安全性原则、多样性原则、流动性原则和收益性原则。

关于公司治理结构监管。我国保险监管在向市场化、国际化和专业化发展过程中已取

者行政复议期满之日起15日内，依法向人民法院提起行政诉讼。

申请人在申请行政复议时，可以一并提出行政赔偿请求，行政复议机关对符合国家赔偿法的有关规定应当给予赔偿的，在决定撤销、变更具体行政行为或者确认具体行政行为违法时，应当同时决定由被申请人依法给予赔偿。复议机关受理行政复议申请，不得向申请人收取任何费用。外国人、无国籍人、外国组织在我国境内向中国保险监督管理委员会申请行政复议的，适用本办法。

2）保险民事责任

保险民事责任，是指保险人、投保人、保险代理人、经纪人、公估人在投保、承保和保险中介服务的过程中违反保险法律、法规而产生的民事上必须承担的法律后果。

保险民事责任分为两大类：一类是违反保险合同关系的民事责任；另一种是保险侵权民事责任。

违反保险合同关系的民事责任，是指保险人、投保人、保险代理人、经纪人、公估人在投保、承保和保险中介服务的过程中违反各种保险合同、有关保险行为的委托、服务协议等的民事法律责任。

保险侵权民事责任主要包括：擅自经营保险业务行为的民事责任、欺诈保险人的民事责任、骗取保险金的民事责任、虚假陈述行为的民事责任、越权代理的民事责任等。

在保险民事法律责任中，以违反保险合同关系的民事责任居多。但是，大多体现在具体的保险合同中。而保险侵权民事责任只在《保险法》第151条有一项原则性的规定。

3）保险刑事法律责任

（1）保险犯罪的概念。所谓保险犯罪，是指保险市场参与主体在投保、索保、承保、理赔、保险代理、保险经纪、保险公估及保险行为监管等过程中，违反《保险法》及《刑法》的规定，破坏保险市场正常管理秩序情节严重、构成犯罪的行为。

依照《刑法》规定，保险犯罪主要包括下列具体罪名：①擅自设立金融机构罪；②公司、企业人员受贿罪；③挪用资金罪；④中介组织、人员提供虚假证明文件罪；⑤中介组织人员出具证明文件重大失实罪；⑥职务侵占罪；⑦保险诈骗罪；⑧非法经营罪；⑨诈骗罪；⑩贪污罪；⑪挪用公款罪；⑫受贿罪；⑬滥用职权罪、玩忽职守罪。

（2）几种典型的保险犯罪。

① 擅自设立金融（保险）机构罪，是指未经中国保险监督管理机构批准，擅自在中国境内设立保险公司的行为。包括未依据法定条件、程序进行申请而设立；也包括虽经申请但未获得批准而设立两种情形。

② 职务侵占罪，是指保险公司的工作人员，利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有，实际侵占保险公司资金数额较大的行为。国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员有此行为的，依照贪污罪处罚。

③ 保险诈骗罪，是指投保人、被保险人或者受益人，以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的办法，进行保险诈骗活动，数额较大的行为。

《刑法》第198条规定了五种具体的诈骗行为：①投保人故意虚构保险标的，骗取保险金的；②投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或夸大损失

的程度，骗取保险金的；③ 投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金的；④投保人、被保险人或者受益人故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金的；⑤投保人、被保险人或者受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金的。

本章小结

保险法是调整保险关系的一切法律规范的总称。凡有关保险的组织、保险对象以及当事人的权利义务等法律规范等均属保险法。本章我们系统性地介绍了保险法的概念和种类，保险法的基本原则，保险合同的特点和分类，保险合同的内容与解释，保险监管的原则及方式和方法等相关内容，使学生对保险法有了较为全面的了解。



重要概念

保险法(Insurance Law)、保险合同(Insurance Contract)、保险监管(Insurance Regulation)



案例分析

张某有配偶李某和儿子张甲，2015 年 1 月，张甲经与张某协商取得其书面同意，为张某办理了人寿保险，期限为 3 年，张某指定受益人为其妻李某。保险合同约定张某死亡后保险公司一次性向李某支付保险金 2 万元。2015 年 1 月，张某突感身体不适，经查为肝癌晚期，6 月 5 日，张某死亡。李某根据张某的临终交代，向其子张甲索要保险单，张甲此时才告诉李某，他向同事许某借款 1 万元，将保险单质押给了许某。李某遂找许某索要保险单，许某则以保险单是质押物为由拒绝返还。李某诉至法院请求许某归还保险单。许某则称，只有李某还他 1 万元，才能将保险单交出。法院受理后，通知张甲参加诉讼。张甲提出，是他为张某投的人寿保险，保险费也是他交的，2 万元的保险金应属张某的遗产，他有权继承其中的 1 万元用于还债。

问题：(1) 张甲与保险公司所订立的保险合同效力如何，为什么？

(2) 李某能否要回保险单，为什么？

(3) 张甲的主张是否成立，为什么？

分析与启示：(1) 该保险合同有效。首先，张甲与张某系父子关系，有可保利益，因此张甲可以作为投保人为张某投保人寿保险；其次，以死亡为给付条件的保险公司已经经过作为被保险人的张某的书面同意。以上两点均符合《保险法》以及其他有关法律的规定，该保险合同有效。

(2) 李某可以要回保险单。作为该保险合同指定身故受益人，在被保险人身故前拥有的是期待权，在被保险人身故符合保险合同给付条件后，已经转化为可以实现的权利，李某按《保险法》和保险合同的规定可以享受身故保险金，不受他人干涉。

(3) 张甲的主张不成立。李某作为张某指定的身故受益人，在张某身故后，已经符合保险合同的给付条件，应当享有身故保险金。指定受益人的身故保险金不是遗产，张甲无权要求继承。

课后习题

一、简答题

1. 保险法的基本原则是什么?
2. 保险合同的内容应包括哪些?
3. 我国保险监管的内容是什么?
4. 保险法的法律责任有哪些?

二、不定项选择题

1. 下列有关最大诚信原则的表述中，正确的有(　　)。
A. 保险合同对当事人诚实信用的要求要比一般的民事活动更为严格
B. 仅要求在订立保险合同时遵守
C. 该原则仅适用于投保人，不适用于保险人
D. 该原则仅适用于保险人，不适用于投保人
2. 下列有关保险合同的陈述中，不正确的有(　　)。
A. 保险合同是保险这种商业行为的基础
B. 是投保人与保险人约定权利和义务关系的协议
C. 保险合同一经成立便受到法律约束和保护
D. 保险合同具有合同的一般特性，也具有自身特征
3. 我国保险合同的基本分类方式是(　　)。
A. 财产保险合同与人身保险合同
B. 原保险合同与再保险合同
C. 自愿保险合同与强制保险合同
D. 定值保险、不定值保险与定额保险合同
4. 投保人指定或变更受益人必须经过(　　)同意。
A. 保险人　　B. 被保险人
C. 原先指定的受益人　　D. 变更的受益人
5. 保险人与被保险人订立合同的正式凭证是(　　)
A. 保险凭证　　B. 暂保单　　C. 保险单　　D. 被保险人
6. 下列不属于保险合同的有效条件的是(　　)。
A. 合同主体必须具有保险合同的主体资格
B. 当事人意思表示真实
C. 合同内容合法
D. 保险事故的发生必须与保险标的损失之间有因果关系
7. 订立保险合同的特有原则是(　　)。
A. 公司互利原则　　B. 保险利益原则
C. 最大诚信原则　　D. 协商一致原则
8. 下列有关保险合同订立叙述正确的是(　　)。

A. 一般由投保人向保险人提出投保要求

B. 一般由保险人向投保人提出投保要求

C. 一般由保险代理人代投保人提出投保要求

D. 一般由保险人予以承诺

9. 导致保险合同无效的原因有(　　)。

A. 投保人因疏忽或过失而违反如实告知义务

B. 违反国家利益和社会公共利益

C. 采用欺诈、胁迫手段签订

D. 投保人对保险标的不具有保险利益

10. 下列属于保险合同自然终止的情形的是(　　)。

A. 因保险合同期满而终止

B. 因保险标的全部消灭而终止

C. 履约终止

D. 协议终止

三、案例分析

李某2014年6月10日购买了一栋别墅，价值320万元，同月15日，李某向A保险公司购买了房屋火灾保险，保险期限为1年，保险金额为120万元，并于当日交清了保险费。2015年2月10日，李某将该别墅以350万元的价格卖给周某，李某并没有经A保险公司办理批单手续。2015年3月15日，因意外发生巨大火灾，房屋全部被烧毁。

问：(1)若李某向A保险公司索赔，保险公司是否赔偿？为什么？

(2) 若周某向A保险公司索赔，保险公司是否赔偿？为什么？



第11章 票 据 法

学习目标

通过本章的学习，要求学生了解票据的概念、特征和分类；理解票据行为、票据流通过程中主要当事人的权责、票据关系及票据的风险与防范；掌握汇票、本票和支票的概念、种类及主要区别，并熟练掌握汇票的必要项目。

课前案例

A公司从B公司进购一批设备，价款为80万元，A公司开具了一张期限为6个月的商业承兑汇票给B公司，而C公司在该汇票正面记载了保证事项，D公司得到汇票后，将该汇票背书转让给了E公司。汇票到期，E公司委托银行收款时才得知A公司的存款账户不足支付，银行拒绝付款。E公司要求D公司付款。

问：(1)E公司在票据未获付款的情况下是否有权向B公司要求付款？为什么？

(2) E公司在D公司拒绝付款的情况先是否可向A公司要求付款？为什么？

(3) 如果C公司代为履行票据付款义务以后，则C公司可向谁行使追索权？

11.1 票据概述

11.1.1 票据的起源与发展、概念及其特征

1. 票据的起源与发展

在商事活动中，人们通过一定的方式结清当事人之间的债权债务关系。国际结算(International Settlement)就是对国际间债权债务进行了结和清算的一种经济行为。

早期的国际结算通常表现为以货易货的交易方式或者直接使用金银等贵金属进行交换和清算，直至今天这种传统的现金交易方式仍然存在。但是这种现金结算方式存在着风险大、费用高和运期长等固有的特点，已经远远不能适应结算方式日益快捷、安全的需求。于是商人们为了销售商品，同时为了避免运送现金所带来的风险，减少周转的时间、费用，渐渐地在商人间形成了只改变收款人而付款人不变的汇票转让方式。尽管如此，商人间的自行结算仍然存在着受制于交易数量的限制以及信用风险奇高等缺陷。为了顺应国际结算日益发展的趋势，商人间自行结算又为商业票据所取代。于是就出现了以商业票据来

结算债权债务的方式，这种支付方式是以支付金钱为目的的债权有价证券，以非现金结算方式取代了现金的流通和支付作用，从而抵销和清偿国际间债权债务。现今国际贸易货款的收付，采用现金结算的较少，大多使用非现金结算，即采用各类金融票据来进行支付。金融票据(Financial Document)指可以流通转让的债权凭证，主要有汇票、本票和支票，其中汇票最为常见。金融票据使其所表现的权利彻底地证券化，并先于物权证券、债权证券和股权证券等其他有价证券获得长足的发展，成为一种最主要的有价证券，被誉为“有价证券之父”。

我国的票据早在唐宪宗时期就已经出现，那时商人们为了避免运送现金的风险，一般愿意将在京城出卖货物所得的钱款，交给驻京的进奏院，或者交付给在地方设有联号的富商，收到钱款的机关或商号就发给付款商人半联票券，而另外的半联票券则被寄往各地相关的进奏院或者商铺。在京付款的商人们回到地方以后，将两张半联票券进行合券从而取到钱款。此种取钱的工具，人们谓之“飞钱”的票券，类似今天的汇票。

到了宋太祖时期，政府设立了“便钱务”的机关，商人们持“便钱”的票券取款，地方政府不得延迟，否则政府将被处以科罚。“便钱”的出现，方便了商人的交易，避免了携款交易的诸多困难，这种“便钱”类似今天的见票即付的汇票。此外，宋真宗时期在蜀地兴起的“交子”的票券，以及南宋时期官府为解决屯兵期间银钱交易的困难而发行的“官子”，都体现出票据的一般功能。

明末期间山西钱庄、票号等钱银业务的兴起，使得汇券、庄票、汇兑票等类似票据的证券广泛发行，我国古代的票据发展一度进入了兴盛期。清朝末年，随着西方的银行大举进入中国，我国诸如凭帖、期帖等票据形式，逐步为西方银行的票据业务所取代。

新中国成立以后，我国的票据业务发展缓慢。国家实行严格的现金管理制度，规定个人不得使用支票，汇票只能用于国际贸易结算。伴随着我国市场经济体系的逐步建立，1988年国务院颁行的《银行结算办法》标志着我国的结算制度开始从非票据结算向票据结算全面转变。历时5年的起草和制定，《中华人民共和国票据法》终于在1995年颁布执行，它标志着我国银行汇票、商业汇票、银行本票、支票等进入全面恢复和迅猛发展时期。

在西方国家，票据制度起源于公元12世纪的意大利。为了避免欧洲各国之间因货币种类不一，进行异地兑换时携款交易的困难，通用货币兑换商应运而生。在本地支付现金，在异地凭兑付款项的凭证领取凭证上所记载的货币金额，这种新的货币兑换业务极大地方便了出入境的异地贸易发展。

现代汇票的雏形来自12世纪中叶欧洲出现的付款委托证书的业务。这种付款委托证书是在原来的通用货币兑换业务中新增的，其目的是方便兑换商之间相互代为付款，以此作为接受与自己有业务往来的委托付款凭证。

支票同样起源于欧洲。“支票作为一种支付工具，最早产生于14世纪的意大利和德国。”支付命令书是支票的前身，当贵族们欲使用现金时，就令自己的出纳官持发布的支付命令书前往付款。此后，英国商人在金银买卖商人处存入金钱换取的收据，作为见票即付的无记名证券，与今天的支票较为类似。

国际流通票据产生于欧洲，随着国际商品买卖的兴起，其在世界范围内逐步形成并发展定型。

2. 票据的概念

1）广义的票据

（1）定义。一般说来，票据(Bills)有广义和狭义之分。广义的票据是指商业上的权利单据(Document of Title)，即具备一定格式的一切有价证券和各种凭证，用来表明某人对不在其实际控制下的资金或物资所有权的证据。汇票、本票、支票、仓单、提单、保险单、股票、债券(政府债券、金融债券、公司债券)等都是广义的票据。这种票据可以指所有商业上作为权利凭证的单据(Document of Title)和资金票据(Financial Document)。

（2）转让形式。广义票据转让的形式概括起来有以下几种。

① 过户转让(Assignment)：它指的是一般债权的让与。其特点为：转让方式为“过户”或者通知转让；在转让人、受让人及原债务人之间进行；受让人的权利不优于转让人的。采用这种转让方式的证券不是完全可流通的证券，如股票、房产权、债券等。

② 交付转让(Transfer)：是指物权凭证的转让。其特点为：转让方式为交付或者加上适当背书而转让，无须通知债务人；只在转让人与受让人之间进行；受让人获得的权利要受到转让人权利缺陷的影响。这种物权凭证如提单、保险单、仓单等采用。

③ 流通转让(Negotiation)：这是票据的基本特性。特点为：

第一，转让方式简便。即通过背书或交付方式，仅仅在转让人与受让人之间转让，不需要通过原来的债务人。

第二，善意的、付了对价的受让人可以取得优于其前手的权利，不受其前手的权利缺陷的影响。所谓善意即受让人在接受票据时事先不知道票据有缺陷。所谓对价(Value)，就是票据当事人的相对给付。对价不一定要求充分，但是它必须合法。没有支付对价的票据的持有人，即使为善意，其也不得享有优先于其前手的票据权利。

第三，采用这种方式转让的票据是完全可流通的证券。只要是一张有效的票据，就可以自由地转让。记名票据通过背书的方式、不记名票据通过交付的方式，即可以在转让人和受让之间形成新的权利义务关系，除此之外没有其他的限制。

2）狭义的票据

（1）定义。狭义的票据是指资金票据，即由出票人签名于上，约定自己或命令他人在一定日期无条件支付确定金额的书面凭证。

（2）种类。如果约定由出票人自己付款的是本票；而委托他人付款的则是汇票或支票。但是，世界各国并没有统一的票据概念。我国《票据法》明确规定：“本法所称票据，是指汇票、本票和支票。”

3. 票据的特性

1）设权性(Right to be Paid)

出票人签发票据，并非证明已经存在的权利，而是创设新的权利，这种设权性与发行股票、债券以证明权利存在的性质不同。票据的设权性就意味着票据一旦签发，出票人就为持票人设立了票据权利，即持票人具有付款请求权、转让权、追索权。

2）要式性(Requisite in Form)

所谓要式性是与“非要式性”相区别的。“要”是指票据必须具有一定的必要记载事项，并且必要内容需填写齐全。“式”是指票据的形式必须符合法律规定。票据的要式性，

要求票据必须按法定方式做成，其形式和内容应完全符合票据法的要求，若法定记载事项欠缺或有误，会导致票据无效。

3）无因性(Non-causative Nature)

“无因”指的是受让人(接受票据的人)接受票据时不需要知道票据签发的原因。票据签发的原因主要包括出票人与收款人之间的对价关系；以及出票人与付款人之间的资金和信用关系。票据的持票人行使票据权利时，不必证明其取得票据的原因，仅依票据上所载文义就可以请求给付一定金额的货币。只要票据记载合格，票据受让人就能取得票据文义载明的权利。

票据的无因性表明票据一旦做成，票据上权利即与其原因关系相分离，票据的基础原因关系上的瑕疵不会影响到票据关系人之间根据票据记载所产生的权利义务关系，它使票据得以顺利地流通。

4）流通性(Negotiability)

票据的流通性意味着票据的转让像货币一样可以在市场上流通。票据的流通性，是指在法定的合理时限内，依据票据的转让方式，票据经过背书、交付而可以将票据权利转让给后手，受让人即可合法转让与流通该票据。票据转让不以通知票据上的债务人为前提，债务人亦不能以未接到转让通知为由而拒绝清偿。

5）可追索性(Recourse)

票据的可追索性是指正当持票人如果未能实现票据的权利，有权对票据上的所有当事人起诉，要求得到票据权利。票据的可追索性保障了正当持票人的合法权利，如果票据的付款人或承兑人对合格票据拒绝承兑或拒绝付款，正当持票人可以通过法定程序向所有票据债务人起诉、追索，最终实现票据规定的全部法律权利。

6）提示性(Presentment)

票据的提示性即持票人要获得票款必须向付款人出示票据，才能获得票款。具体说来，票据的提示性要求票据的持票人请求受票人履行票据义务时，必须在法定期限内向受票人出示票据，经确认后才能要求承兑或者付款。如果持票人(债权人)不提示票据，就不会对付款人产生履行付款的义务，无提示的票据是无效的。超过提示期限提示票据的，因超过期限而丧失票据权利，付款人和受票人的责任也同时被解除。

7）返还性(Returnability)

票据的返还性是指持票人获得票款后，必须把票据还给付款人，作为付款人已付清票款的凭证，从而结束票据的流通。票据的返还性体现出票据与货币现金的不同，其流通是有期限的，在到期日被付款后结束其流通，这说明票据模仿货币的功能仍有其局限性。

11.1.2 票据的当事人与票据权利

1. 票据的当事人

1）概念

票据的当事人是指在票据上签名因而享有票据上的权利和负担票据上义务的人。凡在票据上签名的人均应依票据上的文义负责。

2）分类

票据当事人依据其加入票据关系中的时间可以分为票据发行时的当事人和票据发行后

加入的当事人。前者指的是出票人、付款人与受款人，后者主要包括背书人、被背书人、承兑人、保证人、代理付款人等。

(1) 出票人(Drawer)。出票人是开立票据并交付给他人的人，即“签发汇票”的人。出票人是未经承兑票据的主债务人。出票人开出票据后，就要履行付款的责任，对收款人及正当持票人承担票据的保证责任，即在有效期内提示付款人一定付款或承兑之保证责任。若持票人被拒付，则出票人自己应履行付款责任。

(2) 受票人(Drawee)。受票人或称付款人，是根据出票人的命令支付款项的人。付款人并不一定是票据的主债务人，他之所以被指定为票据的付款人，是因为他是出票人的债务人，是票据上载明的承担付款责任的人。但是付款人只是在承兑之后取代出票人成为主债务人，在此之前收款人或持票人不能强迫其付款或承担到期付款的责任。

(3) 受款人(Payee)。受款人是收取票款的人，作为票据的债权人，有权向受票人要求付款。受款人是票据的第一持票人或原始持票人，除了要求付款或承兑外，其在付款请求遭到拒绝的情况下还可向出票人行使追索权，也可以在票据到期前背书转让，成为背书人，承担付款人付款或承兑的保证责任。

(4) 背书人(Endorser)和被背书人(Endorsee)。背书人是在票据反面签字以将票据转让他人的收款人或持票人，也称让与人(Transferor)。收款人背书后成为第一背书人。背书人是票据的债务人，承担保证其后手所持票据被承兑和付款的责任。

而接受已背书票据的人则被称为被背书人。被背书人可以再背书转让票据，成为其后手的前手；所有前手都是后手的债务人，即承担付款人一定付款或承兑的责任，并应证明包括该前手在内的所有背书的真实性和连续性；背书时加注“不得追索”可免背书人自己的责任，但此种票据不易流通转让。

(5) 持票人(Holder)。持票人即占有票据的人，只有持票人有权利向付款人或其他当事人要求付款或承兑，这种权利称为票据权利。票据收款人或被背书人都可以是持有票据的人，是票据关系中的债权人。

(6) 保证人(Guarantor)。保证人是非票据债务人的第三方应有关当事人要求，以自己的名义在票据上签字作保的人。被担保的对象可以是出票人、背书人、承兑人或参加承兑人等。票据保证人与被保证人的票据债务负有同等责任，一旦持票人遭拒，可以直接向保证人要求履行债务，支付票款。因其对到期得不到付款的持票人足额付款，从而取得对被保人及其前手的追索权。

(7) 承兑人(Acceptor)。承兑人是在付款前的远期汇票上签字的付款人。作为票据的受让人同意接受出票人的命令并在票据正面表示承兑，因此成为票据的承兑人。付款人一旦接受汇票就完成了付款人的承兑行为，付款人随之转变为承兑人。汇票经过付款人承兑以后，承兑人就成为债务人，因此即便此后发现出票人的签名是伪造的，或者出票人没有签名能力的情况，承兑人也不能因此而拒绝向持票人付款。

2. 票据权利

1) 票据权利的含义

票据权利是指持票人依票据而行使的，请求支付票据所载金额的权利。票据权利包括票据的请求权和票据的追索权。

票据的请求权是持票人可对票据付款人或承兑人行使(的)权利，是票据的第一次请求

权。票据的请求权具体包括以下四方面：第一，持票人对票据的主债务人有付款请求权；第二，持票人对参加承兑人有付款请求权；第三，参加付款人对票据承兑人、被参加付款人及其前手取得持票人的一切权力；第四，持票人对保证人有付款请求权。票据的追索权是持票人在保全票据上的权利后，向票据义务人即在票据上为一定的票据行为如出票、背书、承兑、保证等的人行使的权利。持票人只有在行使请求权遭到拒绝或者发生其他法定事由导致无法行使票据请求权时，才可以行使票据的追索权，因此它是票据的第二次请求权。

2）票据权利的取得

票据权利讲究票权合一，持有票据才能享有票据上的权利。票据权利可以因为票据的创立而原始取得，也可以因为转让、继承、分立等方式而有偿或者无偿的继受取得。实践中，票据的取得方式大致有以下四种：

（1）依出票而原始取得。最原始创设票据权利义务的行为是出票行为，即出票人签发票据给收款人，收款人因此取得票据上的权利。

（2）依转让而有偿取得。票据是可流通的有价债券，票据的转让方式简便且效力明确，转让票据权利无须通知票据义务人，即使票据让与人的票据权利有瑕疵，新权利人一般也不受其影响。

（3）依法定而无偿取得。持票人依据法律的直接规定而取得票据，取得票据没有付出任何对价的，常见的情形主要有：国家税收取得、遗产继承取得、组织体分立或合并取得等。

（4）善意取得。善意取得是指票据受让人不知且无从知晓其前手无票据处分权，依法定的票据转让方式，善意地向无处分权人支付了对价而从无处分权人的手中取得票据的一种法律现象。

凡是善意持票人就可以取得票据的权利。善意取得票据必须具备以下条件：第一，必须依票据上的转让方法而取得，即以背书或直接交付而取得。第二，取得票据时无恶意、无重大过失。如果受让人取得票据时明知前手是通过欺诈、偷盗、胁迫等手段而取得票据的，该受让人不享有票据权利；如果受让人因重大过失取得票据的，也不享有票据权利。第三，持票人取得票据必须给付对价。

【例题 11-1 多选题】 甲受乙胁迫开出一张以甲为付款人，乙为收款人的汇票，之后乙将该汇票赠予丙，丙又将该汇票背书转让给丁，以支付货款。丙、丁对乙胁迫甲取得票据一事毫不知情，下列说法中，正确的有（　　）。

A. 甲有权请求丁返还汇票

B. 乙不享有该汇票的票据权利

C. 丙不享有该汇票的票据权利

D. 丁不享有该汇票的票据权利

【答案】 BC

3）票据抗辩

（1）票据抗辩的含义。票据抗辩是指对于票据债权人的请求，票据债务人基于法定的事实和理由，拒绝履行义务的行为。票据债务人可以对不履行约定义务的与自己有直接债权债务关系的持票人，进行抗辩。

（2）票据抗辩的种类。依抗辩事由和抗辩效力的不同，票据抗辩可以分为对物的抗辩和对人的抗辩两类。

① 对物的抗辩。对物的抗辩指基于票据本身的内容所作的对抗一切持票人的抗辩。债务人都可以根据票据上所记载的内容进行抗辩，其抗辩理由可以是票据记载事项不完整、日期未至、金额的大小写不一致等有关票据记载事项的抗辩，也可以是针对票据有涂改痕迹、无权利人实施票据行为等有关票据效力的抗辩，还能发生在票据债务因时效或者保全问题而产生的票据债务的抗辩。

② 对人的抗辩。对人的抗辩是针对特定持票人的抗辩事由，主要是指由于债务人与特定的债权人之间的关系而发生的抗辩。这些情况往往是存在着直接原因关系的票据当事人之间就原因关系进行的抗辩，基于票据直接当事人之间的预约抗辩以及特定票据行为人之间因为票据行为发生的抗辩，甚至可以使持票人对无票据的人的无权抗辩。这类抗辩是在票据流通的特定主体范围发生的，因此称作对人的抗辩。

11.1.3 票据行为与票据法律关系

1. 票据行为

1）票据行为的概念与特点

（1）票据行为的概念。票据行为是以发生票据上的权利义务关系为目的的一种要式法律行为。根据票据行为是否创造票据，将票据行为分为基本的票据行为和附属的票据行为。基本的票据行为，即出票，其他各类票据行为都是在出票的基础上成立的。附属的票据行为，即背书、承兑、保证等，这些行为是在已成立的票据上所为的。

（2）票据行为的特点。① 票据行为的要式性。票据为书面有价证券，票据上的记载与不可记载的事项分别由各国的票据法加以规定，违反这些法定的形式和内容要求将影响票据的效力。

② 票据行为的独立性。在有效票据上的各个票据行为各自独立发生效力，互不影响。因此，在有效票据上签名为票据行为时，即使在同一票据上他人所为票据行为无效或被撤销，该行为的效力不受影响，仍应以该行为的独立负票据上的债务。

③ 票据行为的无因性。票据关系与其原因关系没有必然的联系。持票人主张其权利时，不必证明其取得票据的原因，其权利也不因该原因行为的无效或有缺陷而受影响。

④ 票据行为的文义性。票据行为内容完全以票据上所记载的文义为准，任何人都不得以票据文义之外的任何事由改变票据权利和义务。

2）票据行为的成立要件

票据行为作为一项要式法律行为，其成立应符合一定的形式要件与实质要件。

（1）形式要件。票据行为在形式上的要件是签名，票据行为人应在票据上记载一定的事项并签名。票据上的记载事项可以分为绝对应记载的事项、相对应记载事项、任意记载事项、无效事项和禁止事项。

（2）实质要件。一项有效的票据行为除了要求具备形式要件以外，还需要满足一定的票据行为的实质要件。如票据行为人的权利能力、行为能力以及意思表示问题等，均依各国民法的规定。

3）票据行为的类型

（1）出票(Issue)。出票是指按照法定形式制作并签发票据再将其交付给收款人的行为。出票包括做成票据和交付票据两个步骤。出票是最主要的票据行为，其他票据行为都

从属于出票的票据行为。

签发票据时，在票据上记载的内容应包括票据的金额、付款人的名称和地址、无条件付款的委托，以及票据行为人的签章，以上内容都是票据的绝对必要记载事项，如若没有记载这些事项，则票据归于无效。到期日和付款的地点为票据记载事项中的相对必要记载事项。前者没有记载的，视为见票即付；后者未作记载的，以付款人营业所在地为付款地。

票据经出票后，对出票人、付款人和收款人都产生了不同的法律效力。对出票人的而言，出票后其具有担保承兑和付款的义务，这是出票人法定的担保责任。对付款人的效力在于票据一经签发，出票人对于付款人发生委托付款的效力，使得付款人处于可为出票人付款的地位，付款人取得这一地位并经承兑后，就成为票据关系的主债务人。对收款人的效力是收款人接受票据后，其就已取得付款请求权。此外，被遗失或被盗之票据为善意第三人取得时仍发生效力。

（2）背书(Endorsement)。背书是持票人或收款人在票据背面或粘单上签章记载有关事项，把票据权利转让给他人或将一定票据权利授权他人行使的票据行为。

票据转让是票据制度的核心，而背书的主要目的就是转让票据和票据权利。转让票据权利的人称为背书人，受让票据权利的人称被背书人。一张票据可以经多次背书转让，签章在前面的背书人称为前手，签章在后面的背书人称为后手。背书人是出让人，对其后手负有担保票据被承兑和付款的责任，背书人一经在票据上签章，就成为票据的债务人，就将与其他在票据上签章的人共同承担连带责任。被背书人是票据的受让人，有权取得背书人原有的一切票据权利，善意并支付了相当对价的被背书人，其票据权利不因前手背书人的权利瑕疵而受到影响，当票据遭拒付时，有权向所有背书人、出票人及保证人进行追索。

各国票据法都有对背书的连续性的明确要求。我国《票据法》第31条规定，票据的背书应当记名，并且记名背书应当连续，也就是说，前一次背书的被背书人是后一次背书的背书人，在票据上的签章必须依次前后衔接。

此外，背书人在背书时必须将背书的全部金额同时转让给同一个被背书人，仅转让一部分或分割给几个人为部分背书。我国《票据法》第33条第2款规定，部分背书无效。

背书主要有以下几种类型：

① 记名背书和空白背书。背书的方式依据是否有被背书人的签字可以分为记名背书和空白背书。记名背书又称完全背书或者特别背书(Special Endorsement)，是在背书时既要记载背书人的签章，又要有被背书人的姓名和名称。而仅在票据背面签署背书人的姓名，不记载被背书人姓名的背书是空白背书。经过空白背书后，持票人可以仅凭交付就进行转让，无须再做背书。我国不承认此种票据。

② 转让背书和非转让背书。依据是否转让票据的权利，可以将背书分为转让背书和非转让背书。转让背书是最常见的背书形式，此外还有不以转让票据权利为目的的非转让背书。非转让背书包括限制性背书、委托收款背书和质押背书。限制性背书(Restrictive Endorsement)，指背书人背书时加上了“不得转让”的限制转让的文句，该票据一般不能转让流通。委托收款背书(Endorsement for Collection)，是背书人为了委托被背书人代收票款而进行的背书，这种背书的目的不是要转让票据所有权，因此被背书人并有获得汇票

的所有权。这种背书通常记载“委托付款”的字样，被背书人一般是仅作为代理人的银行。质押背书(Endorsement for Pledged)，是指持票人以票据权利设定质权为目的而在票据上的背书。设质背书成立后，背书人仍是票据的权利人，被背书人取得的是质权人的地位。

【例题 11-2 多选题】 甲公司将一张银行承兑汇票转让给乙公司，乙公司以质押背书方式向W银行取得贷款。贷款到期，乙公司偿还贷款，收回汇票并转让给丙公司。汇票到期后，丙公司做成委托收款背书，委托开户银行提示付款。下列背书中，属于非转让背书的有(　　)。

A. 甲公司背书给乙公司

B. 乙公司质押背书给W银行

C. 乙公司背书给丙公司

D. 丙公司委托收款背书

【答案】 BD

③ 有条件背书。票据实务中还有几种背书形式也较为多见，这其中就包括有条件背书。有条件背书，又称限制背书人责任的背书，指背书人在背书时附有“免于追索”及类似的条件，从而免除担保承兑或者付款的义务，但此条件一般不具有票据上的效力。背书人在背书时必须将背书的全部金额同时转让给同一个被背书人，仅转让一部分或分割给几个人为部分背书。

④ 回头背书。票据经背书又转让给前手背书人或者出票人的，称回头背书。由于回头背书中被背书人的特殊性，持票人的权利也会因此受到限制。例如，在回头背书中，如果持票人遭到付款人的拒付时，只能向前手或者出票人追索。

(3) 承兑(Acceptance)。承兑是付款人对远期汇票表示承担到期付款责任的附属票据行为，即期汇票不需要该程序。汇票的承兑包括三个步骤：首先是持票人提示；接下来付款人写明承兑(Accepted)字样并签名；最后付款人交还票据于持票人。付款人应对提示承兑的汇票在规定或习惯日期内承兑或拒绝承兑。承兑后，付款人取代出票人成为票据的第一债务人。汇票经承兑以后意味着汇票付款加入了承兑人的保证，债权更加确定，便于转让。因此，多数银行愿意贴现买进银行承兑的远期汇票。

(4) 保证(Guarantee)。保证是指非票据债务人为担保票据债务的履行，以负担同一票据债务内容为目的而作出的一种附属票据行为。保证的目的在于防止持票人追索，以增强票据的信用。票据保证的记载为“保证”字样、保证人签名、被保证人姓名和保证日期。按一般惯例，票据正面若有出票人和付款人之外的其他人签字，尽管无“保证”字样，此人即被视为保证人。未具体指明被保证人时，出票人就是被保证人。保证不得附有条件；附有条件的，不影响对汇票的保证责任。

票据保证不同于一般的民事保证，它是要式行为且不必征得债权人的同意，同时票据保证具有独立性，即使被保证人的债务无效，通常情况下保证人也要承担保证责任。票据保证一经做出，保证人即与被保证人负有同等责任，保证人成为债务人。

【例题 11-3 多选题】 下列关于票据保证的表述中，正确的有(　　)。

A. 票据上未记载保证日期的，被保证人的背书日期为保证日期

B. 保证人未在票据或粘单上记载被保证人名称的已承兑的票据，承兑人为被保证人

C. 保证人为两人以上的，保证人之间承担连带责任

D. 保证人清偿票据债务后，可以对被保证人及其前手行使追索权

【答案】 BCD

（5）追索(Recourse)。追索是持票人在票据被拒付时，向背书人、出票人等票据债务人请求偿还票据金额及其他法定款项的行为。追索权是持票人在第一次请求付款受到拒绝后，行使的第二次请求权。持票人可对票据债务人中的任一人、数人或全体行使追索权，偿付票据上所记载的金额。

以汇票为例，追索发生的原因大致有以下几种情形：①汇票到期被拒付的，或者虽然付款人表示可以付款，但是附有一定的条件，视为拒绝付款。②汇票未到期，但是被拒绝承兑的，被拒绝承兑的汇票必须是形式上符合票据法规定，不缺少必要的记载事项，以及持票人的票据身份没有缺陷等。③承兑人或付款人死亡、逃匿的。④承兑人或付款人被依法宣告破产的，或因违法被责令终止业务活动的。

持票人行使追索权的条件包括合格票据、按时提示和按时完成拒绝证书和拒付通知。持票人必须接受参加付款，否则失去对被参加付款人及其后手的追索权，数人参加付款的，以能解除最多债务人责任者优先。

被追索者清偿债务后，与持票人享有相同的追索的权利，即可以再向其他票据债务人行使追索权。依此顺序，直至该票据的债权债务关系因履行或其他法定原因而消灭为止。不过追索权的行使也有例外。当持票人为出票人的，对其前手无追索权；当持票人为背书人的，对其后手无追索权。

（6）付款(Payment)。付款是指由持票人提示，付款人或代理付款人支付票款以消灭票据关系的行为。付款是票据法律关系的结束，是票据流通过程的终结。

在我国，付款程序包括：①持票人在票据法规定的提示期限内提示付款的，付款人必须在当日足额付款。以汇票为例，即期汇票的付款日即为提示日，见票后若干天付款的远期汇票从承兑日推算到期日，到期必须立即付款。②持票人获得付款的，应当在票据上签收，正当付款必须做到对票据权利人付款，要将票据上所记载的金额支付给持票人。持票人委托银行收款的，受委托的银行将代收的汇票金额转账收入持票人账户，视同签收。③持票人委托的收款银行的责任，限于按照票据上记载事项将票据金额转入持票人账户。④付款人及其代理付款人付款时，应当审查票据背书的连续，并审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件。⑤票据金额为外币的，按照付款日的市场汇价，以人民币支付。

付款人向持票人正当付款之后，票据责任就被解除。票据一经注销，不仅解除付款人的付款义务而且解除了所有的票据债务人的债务。

一般情况下付款人应审查背书的连续性，我国《票据法》还要求付款人审查提示人的合法身份证明或有效证件。关于付款损失的承担，根据我国《票据法》的规定，付款人在履行法定审查义务后进行的付款是有效付款，即使发生错付，也可善意免责。但在下列情况下，付款人须承担付款的损失：①在到期日前付款；②因恶意或重大过失而欠缺对提示付款人合法身份证明或有效证件的审查；③未对票据必要记载事项是否完备、是否有禁止记载事项、背书是否连续等进行审查；④对在公示催告期间的票据进行付款；⑤收到止付通知后付款；⑥其他恶意或重大过失情形。

2. 票据法律关系

1）票据法律关系的概念

票据法律关系是指有关当事人之间因设立、变更或消灭票据上的权利义务而表现的一

种票据债权债务关系，以及与票据相关的法律关系。在票据中存在两种法律关系，其分别为票据关系和票据基础关系。

2）票据关系

票据关系是基于票据行为人产生的权利义务关系，是票据当事人在票据上的权利义务关系。凡取得票据的人即取得票据上的权利。凡在票据上签名为某种票据行为的人即负一定义务。因此，凡不持有票据者就不能行使票据之上的权利。

3）票据基础关系

票据关系又称票据法上的非票据关系，指与票据行为密切相关但在法律上不产生票据权利和义务的关系。一般将非票据关系分三种，包括票据原因关系、票据资金关系和票据预约关系。

（1）票据原因关系。票据原因关系是接受票据的直接当事人之间基于授受票据的缘由而产生的法律关系，如因约定、买卖、赠予、借款及原因而出票和接受票据等。

一般情形下，依照票据法有关无因性的规定，原因关系只存在于接受和作出票据的直接当事人之间。票据上的权利义务关系一经成立，即与原因关系相脱离，成为独立的债权债务关系，这就意味着票据的原因关系，因票据的转让对票据效力的影响力也随之消灭。但是如果原因关系与票据法律关系存在于同一当事人之间时，债务人可以利用原因关系对抗法律关系。

（2）票据资金关系。票据资金关系是指出票人和付款人或保证付款人之间的权利义务关系。资金关系是一种特殊的原因关系，是出票人之所以委托付款人进行付款的原因。这种关系大约有如下几种：①付款人储存有出票人的资金；②付款人对出票人欠有债务，借此以清偿；③出票人与付款人间订有信用合同或者出票人与付款人间虽未订立信用合同，但付款人自愿为出票人付款；④付款人付款后再向出票人请求补偿。

（3）票据预约关系。当事人之间虽然有了原因关系和资金关系，但是在作出票据行为之前尚需就接受票据有所约定，即对票据之种类、金额、到期日、付款地等达成合意。这种合意称为票据预约，是当事人之间授受票据的合同所产生的法律关系，它本身不是票据关系。

11.1.4 票据的风险与防范

1. 票据风险的由来

从1970年美国宾州中央铁路的大量债务发生违约开始，商业票据的信用风险开始出现。到20世纪80年代，随着美国公司的信用质量下滑以及商业票据市场频频发生的违约事件，使得人们越来越清晰地意识到票据的有价性、物权性、无因性、要式性等固有特点，票据的使用在方便了国际间结算业务的同时，也给不法分子利用票据进行诈骗提供了可乘之机。

2. 票据风险的表现形式

1）票据的伪造

票据的伪造指行为人以行使票据权利为目的，假冒他人名义或者虚构他人的名义在票据上签章，而自己并不在票据上签章，从而伪造票据行为的违法行为。包括假冒他人名义

为出票行为而发出票据，以及假冒他人名义为出票以外的行为(如背书、承兑、保证等)。

2) 票据的变造

(1) 票据变造的概念。票据的变造是指无权变更票据上记载事项的人在已有效成立的票据上变更票据上签章或签名以外的记载内容的行为。行为人以真实的票据为资料，通过剪接、挖补、覆盖、涂改等方法，对票据的主要内容加以修改，如改变出票人的名称、改变持票人的名称、变更金额、变更到期日等。

(2) 票据变造的构成要件。票据的变造有三个要件：

第一，变更人需为无变更权之人。依照票据法的规定，除了出票人以外的其他任何人均没有对签发的票据事项进行变更的权利。

第二，票据合法成立。变更的票据必须是合法成立的票据，如果票据本身无效，也就不会产生票据的变造的效力。

第三，将票据上内容进行变更。变造的事项是签章或签名以外的其他记载事项，如果是为变更票据上的签名，则属票据上签名的伪造。

3) 票据诈骗

(1) 票据诈骗的概念。票据在流通和使用中的风险除了来自票据的变造、伪造以外，常见的情形还有违法犯罪分子出于贪利目的而利用金融票据进行的诈骗活动。票据诈骗行为情节严重的，构成票据诈骗罪。

(2) 票据诈骗的表现方式。票据诈骗一般表现为以下五种行为方式：

第一，行为人明知是伪造、变造的汇票、本票、支票而冒充真票据进而骗取他人财物的行为。

第二，行为人明知是作废的汇票、本票、支票而加以利用进行诈骗行为。

第三，行为人冒用他人的汇票、本票、支票，即擅自以合法持票人的名义，支配、使用、转让自己不具备支配权利的他人的汇票、本票、支票，进行诈骗的行为。

第四，签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票，骗取财物的行为。

第五，汇票、本票的出票人签发无资金保证的汇票、本票或者在出票时作虚假记载，骗取财物的行为。

3. 票据伪造与票据变造的风险负担

对于票据伪造、变造之风险负担，我国《票据法》做出了规定。依据票据原理，唯有在票据上签名、签章之人需对票据负责任。对于伪造票据的责任，假冒他人名义签名的人因并未在票据上签自己的姓名，故不负票据责任，但不排除应承担民事或者刑事责任；而被假冒姓名的人，因自己并未在票据上签名，亦可不负责任。但是在此伪造之票据上真正签名的人，依票据行为独立的原则，仍应负票据上所记载的文义责任。依据我国《票据法》第10条、第11条、第12条的规定，如果持票人取得票据的手段合法、支付了相当对价，并且对票据上的瑕疵以及当事人对票据所享有的权利的瑕疵没有恶意或者重大过失，该持票人即为正当持票人，享有完善的票据权利。

票据经变造后，票据仍有效。在票据上签名的人如签名在变造前，即依变造前的文义负责；签名在变造后的，依变造后的文义负责。如果不能确定签名在变造前或变造后的，推定其在变造前，按原记载事项承担票据责任。理由在于票据是文义证券，行使票据权利或承担票据义务，都是根据当事人在票据上的记载事项，并且是以在签章时的记载事项为准。

11.2 汇　　票

11.2.1 汇票的概念

1. 汇票的定义

一般认为，汇票作为一种票据形式涵盖的内容最为丰富。因此，世界各国的票据制度都对汇票做出了较为具体的规定。

英美法系国家的票据法对票据的定义做出了明确的解释，我们通常以《英国票据法》的定义为参照。《英国票据法》关于汇票的定义是：“汇票是由一人开致另一人的书面的无条件命令，由发出命令的人签名，要求接受命令的人立即或在固定时间或在可以确定的将来时间把一定金额的货币支付给一个特定的人，或他的指定人，或来人。”

2. 汇票的基本特征

汇票是票据的一种，具有一般票据所具有的特征，如设权性、要式性、文义性等。汇票属于委付票据而非自付票据，是出票人委托他人向收款人或者持票人付款的票据。汇票关系中有出票人、付款人和收款人三个基本当事人。汇票的基本当事人最多，关系最为复杂，因此汇票制度的设计也最为复杂。

3. 我国有关汇票的定义

按照《中华人民共和国票据法》（1995 年 5 月 10 日八届人大第十三次会议通过）的解释：“汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。”

11.2.2 汇票的票面内容

汇票要式中所包含的必要项目必须齐全，符合票据法规定，否则汇票无效。汇票的必要项目包括：①汇票字样；②无条件支付命令；③确定金额；④付款人；⑤付款期限；⑥收款人；⑦出票地点和日期；⑧出票人。

1. 汇票上写明“汇票”字样

汇票上必须标明“汇票”的文句。我国票据使用的是统一印制的票据格式，因此出票人不必再记载汇票的文句。

2. 无条件的支付命令(Unconditional Order to Pay)

汇票是无条件支付的命令，因此必须使用祈使句，以表示命令。出票人应在票据上记载“无条件支付”的文句。

3. 出票地点和日期(Place and Date of Issue)

出票日期在各国票据法中都是绝对记载事项。出票日期对票据的使用意义重大。首先，汇票的流通是有一定时效限制的，没有注明出票日期的汇票其有效期无法判定。其次，对于出票后若干天(月)(At ×× Days/Months after Date)付款的汇票，出票的日期决

定着汇票的到期日。此外，出票日期还决定利息的起算日以及出票人的行为能力。

汇票的成立是以行为地法律为适用依据。如果在汇票中未记载出票地点的，日内瓦统一法规定以出票人姓名旁的地点为出票地，而英国票据法认为此时以出票人的营业场所、住所、经常居住地等作为出票地。

4. 付款时间(Tenor)

汇票的付款期限可以分为四大类，即期付款、远期付款、固定将来日期付款汇票和延期将来付款汇票。

(1) 即期付款也叫见票即付(at Sight/on Demand)，是提示汇票的当天为付款日，无须承兑。汇票上未标明付款期限的，也为即期。

(2) 远期付款汇票

① 远期付款汇票的定义。远期付款汇票(at a Determinable Future Time)，指持票人向受票人初次提示汇票时，受票人只对汇票进行承兑(承诺付款)，付款行为发生在将来可以确定的时间。

② 远期付款的具体分类。

a. 见票后若干天/月付款(Payable at ×× Days/Months after Sight)，该汇票须由持票人向付款人提示要求承兑，付款日期取决受票人承兑汇票的日期，从承兑日起算确定的付款到期日。

b. 出票后若干天/月付款(Payable at ×× Days/Months after Date)。为了进一步明确付款人的付款责任，此种汇票也需由持票人事先向付款人提示汇票。

c. 注明日期后若干天/月付款(Payable at ×× Days/Months after Stated Date)。此种汇票尽管到期日明确，也须提示要求承兑，以明确承兑人的付款责任及让受票人做好付款准备。

③远期汇票到期日的计算方法。

a. 对见票后或出票后某一日期付款的汇票采取“算尾不算头”的方法，也就是说不包括见票日或出票日，但必须包括付款日。

b. 当汇票到期日为非营业日，即星期六、星期日及法定的节假日时，则付款日应顺延到下一个营业日。

c. 为了避免月份中有大月和小月的计算麻烦，见票后、出票后若干月付款的汇票，其到期日按“到期月份的相同日期”确定。

(3) 固定将来日期付款汇票。固定将来日期付款汇票，称板期付款(Bills Payable on a Fixed Future Date)。在汇票中具体指明付款的年月日，即为定期。

(4) 延期将来付款汇票。延期将来付款汇票(Bills Payable at Days/Months after Shipment/the Date of B/L)，指装运日/提单日后若干天(月)付款。

5. 确定的金额(a Sum Certain in Money)

汇票的支付金额必须确定，不能有“5万欧元以下”“不超过1万美元”等字样。大陆法系国家和英美法系国家均要求汇票的金额以文字和数字同时记载，两者有差异者以文字记载为准。我国的票据金额是以中文大写(Amount in Word)和小写(Amount in Figure)同时记载，两者必须一致，不一致的，汇票无效。

6. 付款人(Payer)名称和付款地点

付款人是受委托于到期日支付票据金额的人，又可以称为受票人，各国票据法都要求汇票必须载明付款人的姓名和商号。

7. 收款人(Payee)名称

收款人名称，可以表示为：

1）空白抬头

空白抬头，也称为来人抬头，该汇票持票人凭交付即可转让，不需背书，因此相对而言交易的安全性较弱。例如，表示为支付给来人(Pay to Bearer)。我国的做法是不允许记载不记名汇票。英美法则允许空白抬头汇票。

2）限制性抬头

限制性抬头，这种汇票只能由票面上记载的特定的人去提示并收款，因此该汇票不得流通。

3）指示性抬头

指示性抬头，即汇票的抬头人不限定为某特定人，而是凭指示支付。这种抬头在实务中较多见。例如，"pay to A Co. or order"。

8. 出票人签字(Signature of the Drawer)

签章是行为人负票据责任的意思表示，各国都规定出票人应在汇票上签名或者盖章，不记载出票人的汇票无效。汇票上出票人的签章是对汇票的确定。涉外票据一般应采取手签的方式。如果出票人是代理其委托人(公司、银行等)签字，应在委托人名称前面加注"for""for and on behalf of"等字样，并在个人签字后注明职务的名称。


知识要点提醒 1

票据的"金额、出票日期、收款人名称"不能更改，否则票据无效。


知识要点提醒 2

①出票日期必须使用中文大写；②在填写月、日时，月为"壹""贰"和"壹拾"的，日为壹至玖和"壹拾""贰拾"和"叁拾"的，应当在其前加"零"；日为拾壹至拾玖的，应当在其前加"壹"。

11.2.3 汇票的种类

汇票有多种分类方法，但并不意味着一张汇票只具备一个特征，它可以同时具备几个特征。从不同的角度，可以对汇票作不同的分类。

1. 即期汇票和远期汇票

按照付款时间不同，汇票可以分为即期汇票和远期汇票。

即期汇票见票即付，票面上记载有"at Sight/on Demand"的字样，出票日与付款日为同一天的汇票，当天出票当天到期，付款人应于当天付款。如果汇票的票面上没有记载到期日的，一般视为其提示日即到期日，因此也是见票即付。根据我国《票据法》和中国人民银行《支付结算办法》的规定，即期汇票的提示付款期限，自出票日起1个月。

远期汇票(Figure Time Bill)是在指定的到期日付款的汇票。根据到期日的指定方式不同，远期汇票又可以分为出票后定期付款汇票、见票后定期付款汇票、定日付款汇票和分期付款汇票四种情况。出票后定期付款汇票，又称计期汇票，指在出票后一定日期付款的汇票。见票后定期付款汇票，又称注期汇票，指出票人记载见票日后一定期间付款的汇票。定日付款汇票，又称板期汇票，指汇票上明确记载付款日期的汇票。分期付款汇票，即将汇票金额分为几部分，并就该部分分别确定到期日的汇票。根据我国《票据法》和中国人民银行《支付结算办法》的规定，远期汇票的到期日最长不超过6个月，提示付款期限，自汇票到期日起10日。

在我国，银行汇票是即期汇票，商业汇票一般为远期汇票。

2. 记名汇票和无记名汇票

按照是否记载权利人，汇票可以分为记名汇票和无记名汇票。

记名汇票即收款人是指示性抬头或限制性抬头的汇票。出票人签发了这种汇票以后，必须将此汇票交付给汇票的收款人，才发生票据上的效力。收款人若要转让该汇票，只能以背书的方式进行。

无记名汇票，又称来人汇票，即收款人是来人抬头的汇票，是票面上没有记载收款人的姓名和名称，或者仅仅记载"将票据金额付与来人或者持票人"字样的汇票。对于无记名汇票，持票人可以凭交付而自由转让，也可以在票据上记载自己或者他人的姓名和名称，使之转化为记名汇票。

3. 国内汇票和国际汇票

按照汇票流通区域不同，汇票可以分为国内汇票和国际汇票。

国内汇票指汇票的出票人、付款人和收款人三个基本当事人的居住地同在一个国家或地区，汇票流通局限在同一个国家境内。

国际汇票指汇票出票人、付款人和收款人的居住地中至少涉及两个不同的国家或地区，尤其是前两者不在同一国家或地区。国际结算中使用的汇票多为国际汇票。

4. 商业汇票和银行汇票

按照出票人的不同，汇票可以分为商业汇票和银行汇票。

银行签发的汇票为银行汇票，它是建立在银行信用基础之上。银行汇票的出票银行为银行汇票的付款人。单位和个人均可以使用银行汇票进行结算。根据我国《支付结算办法》，申请人使用银行汇票必须向出票银行填写"银行汇票申请书"。收款人可以将银行汇票背书转让给被背书人，但是持票人向银行提示付款时必须同时提交银行汇票和解讫通知。因为银行汇票的出票人和付款人都是银行，所以可兑性极强。

非银行签发的汇票为商业汇票。商业汇票按照承兑人的不同又分为银行承兑汇票和商业承兑汇票。银行承兑汇票不一定是银行汇票，只是其承兑人为银行。商业承兑汇票的承兑人是银行以外的商事主体，经付款人承兑或者付款人签发并承兑后，由付款人的开户银行作为付款人的代理人对票据金额付款。

5. 跟单汇票和光票

以汇票是否跟随运输单据来划分，汇票可以分为跟单汇票和光票。

跟单汇票又称信用汇票、押汇汇票，是附带了各种货运单据的汇票，只有当所附的各种单据都符合要求，才能获得票据上所载金额的货币。比如在跟单托收结算中符合合同的要求，才能获得付款。其所附的单据一般是提单、仓单、保险单、商务发票、信用证、包装单、商品检验证书等文件。

光票是没有附带单据的汇票，凭票本身即可获得付款。在国际贸易结算中一般用于贸易从属费用、货款尾数、佣金等的收取或支付。这种汇票没有任何物的保证，完全凭借票面信用在市场上流通转让，因此对出票人、背书人和付款人有很高的信誉要求。

11.3 本票和支票

11.3.1 本票

1. 本票的概念

我国《票据法》认为："本票是出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定金额给收款人或者持票人的票据。"另外，"本法所称本票，是指银行本票。"因此，我国的票据法中实际只规定了即期银行本票。

2. 本票的特点

与汇票相比，本票具有以下特点：

（1）本票是无条件的支付承诺。

（2）本票的基本当事人只有两个：出票人和收款人。本票是自付证券，而汇票、支票是委付证券，这是本票和汇票、支票的最根本区别。

（3）本票不必办理承兑。

3. 本票的内容

我国《票据法》第76条规定，本票的绝对记载事项概括起来有六个方面：本票的主文内记载其为"本票"的文句；无条件支付的承诺；确定的金额；收款人名称；出票日期；出票人签章。以上条款缺一不可。本票的相对应记载事项包括付款地和出票地。《票据法》规定，本票上未记载付款地的，出票人营业场所为付款地；未记载出票地的，出票人的营业场所为出票地。

4. 本票的种类

依据不同的标准可以对本票进行不同的分类，其中最常用的分类是商业本票和银行本票。

1）商业本票

银行之外的其他商事主体签发的本票为商业本票。商业本票按付款日期不同有即期和远期之分。即期本票见票即付，远期本票在到期日后才能获得付款。远期本票又分为定日付款本票、签票日后定期付款本票和见票后定期付款本票。

2）银行本票

银行签发的本票为银行本票。银行本票多签发为即期的。

在我国只有银行本票，没有商业本票。我国的银行本票都是即期的，银行本票的提示付款期限自出票日起最长不超过2个月，持票人可以随时请求付款，见票即付。此外，银行本票分为定额银行本票和不定额银行本票。

3）国际小额本票

国际小额本票是由设在美元清算中心(纽约)的美国银行签发的美元定值本票。该种本票签发后即交由购票的记名收款人持有，使其带到该货币所在国以外的其他国家和地区，持票人需用货币时，将本票提交当地任何一家愿意兑付的银行，即可得到兑付款项。然后由兑付银行将国际小额本票寄往货币清算中心的代理行，经票据交换，收进垫付的票款。

4）国库券

国库券是在本国金融市场的重要流通证券，其发行人为政府财政部门，付款人也是政府。

11.3.2 支票

1. 支票的概念

支票是银行存款户对其开户银行签发的，委托或者授权银行从其账户中支付一定金额给收款人或持票人的票据。实际上，支票是以银行为付款人的即期汇票。

支票有两个基本特点，付款人有特殊资格以及见票即付。因此，对于支票的管理比较特殊，一般是将支票独立于汇票和本票之外进行单独立法。

支票的资金关系表现为出票人和付款人之间的支票合同和透支合同。欠缺资金关系的支票为空头支票，签发空头支票为各国所禁止。

2. 支票的必要项目

根据《日内瓦统一票据法》的规定，支票必须具备以下事项：

(1) 注明“支票”字样。

(2) 无条件支付命令。

(3) 付款银行名称和地点。

(4) 出票人名称和签字。

(5) 出票日期和地点(未载明出票地点的，以出票人名称旁的地点作为出票地)。

(6) 载明“即期”字样，如未写明即期者，视为见票即付。

(7) 确定的金额。

(8) 收款人或其指定的人。

3. 支票的拒付与止付

1）支票的拒付

持票人提示支票要求承兑时，遭到拒绝承兑(Dishonor by No-acceptance)，或持票人提示支票要求付款时，遭到拒绝付款(Dishonor by No-payment)，均称为拒付，也称退票。退票的理由：出票人签字不符；奉命止付；存款不足；大小写金额不相符；支票的开出不符合规定；支票过期或逾期提示；重要项目的涂改需经出票人确认。

2）支票的止付

支票的止付，是指在支票解付之前予以撤销的行为。支票支付的原因可能是由于出票人主动作出，也可能是持票人因为支票遗失等原因而失去了票据，从而要求付款行停止付款。



银行存款户对银行提出要求，是出票人请银行注意，要求停止付款，必须有书面通知方可生效。此后该支票被提示时，付款人在支票上注明“Orders Not to Pay”（奉命止付）字样并退票。

11.3.3 汇票、本票与支票的比较

汇票、本票与支票作为现代经济活动中重要的支付工具，它们之间有许多共性。但是上述三种票据又是各自独立的，每一种金融票据又具有许多不同于其他票据的特殊性。

1. 三种金融票据的相同点

1）基本性质相同

三种金融票据都是载明权利与义务的书面债券。即票据上载明一定的金额，持票人于一定日期，可向指定付款人支取款项的凭证。

2）功能相同

三种金融票据作为支付手段、流通手段和融资工具，在经济生活中发挥着结算、信用、流通和抵债的作用。具体说来，三种票据共同的作用表现在以下方面：

（1）支付作用。三种金融票据均具有支付作用，其与现金的支付效力相同。

（2）结算作用。三种金融票据都具有结算的作用，通过签发和使用任何一种票据，都可以了解商事活动当事人之间的债权债务关系。

（3）信用工具。票据可作为信用工具，在商业和金融中发挥融资等作用。承兑的票据行为就是票据支付的信用保证。远期票据实现了交货和接受服务与实际付款在时间上的分离，也是票据信用作用的体现。

（4）流通作用。票据作为一种支付工具，可以极大地减少现金的使用。票据一般都可以通过背书或者交付的方式自由转让或者流通，从而使票据作为一种重要的流通工具，扩大了市场的流通手段。

3）债权人相同

持票人是票据的当然债权人，即收款人、被背书人（接受转让的受让者）。票据的债权人享有的付款请求权、转让权和追索权也是基本相同的。

4）背书转让方式相同

票据的持票人可以背书方式将票据权利或一定的票据权授予他人行使。三种票据的背书方式基本相同：

（1）背书的原则。背书以记名背书为原则，以无记名背书为例外，可加粘单；

（2）背书的连续性。背书要求依次衔接，前一次背书的被背书人是后一次背书的背书人，签章必须是连续的，且背书的内容须完整转让；

（3）禁止转让的背书。背书中记载“不得转让”字样的，不得背书转让；汇票被拒绝承兑、付款或者超过付款提示期限，不得背书转让。

（4）背书不得附带条件。

2. 三种金融票据的不同点

1）具体性质不同

汇票是无条件的支付命令，是出票人签发的委托付款人在见票时或者在指定日期无条

件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。本票是无条件的支付承诺，是出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。支票是出票人对受票行的付款授权书，是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

因此，本票是自付证券，而汇票和支票是委付证券。汇票的委托付款人是第三人，而支票的委托付款人是银行。

2）主要当事人不同

（1）汇票的主要当事人。汇票的主要当事人有出票人、付款人和收款人，其中付款人是承兑人。在承兑前，出票人是主债务人；在承兑后，承兑人是主债务人。出票人的责任是担保受票人承兑和付款。

（2）本票的主要当事人。本票是自己支付的承诺，因此只有出票人和收款人两方当事人，其主要债务人是出票人，其责任是自负付款之责任。

（3）支票的主要当事人。出票人、付款人、收款人是支票的主要当事人，且收款人无须承兑，主要债务人是出票人，即银行开户，作为出票人其责任在于担保付款人付款。

3）付款期限不同

（1）汇票的付款期限。汇票有即期和远期之分，因此必须有到期日的记载。我国《票据法》第53条规定，见票即付汇票，自出票日期起1个月内向付款人提示付款；其他汇票，自到期日起10日内向承兑人提示付款。持票人未按照前款规定期限提示付款的，在作出说明后，承兑人和付款人仍应承担付款责任。

（2）本票的付款期限。本票的付款期限也有即期和远期之分。我国《票据法》第79条规定，本票自出票日起，付款期限最长不得超过2个月。本票持票人未按规定期限提示见票的，丧失对出票人以外的前手的追索权。

（3）支票的付款期限。支票一般只有即期付款，没有到期日的记载。我国《票据法》第91条规定，支票的持票人应当自出票日起10日内提示付款；异地使用的支票，其提示付款的期限由中国人民银行另行规定。超过提示付款期限的，付款人可以拒绝付款，但出票人仍负付款责任，可以重开支票或支付现金。

此外，三种票据在必要记载事项的规定，遭退票时是否需要做成拒绝证书以及是否有保付行为，能否止付的问题上也存在差异。

本章小结

票据是以支付货币为目的的债权有价证券，代替现金起着流通和支付作用，从而抵销和清偿国际间债权债务。本章我们系统性地介绍了票据的产生与发展、概念和特征，票据当事人与票据权利，票据行为与票据关系，票据的风险与防范等，并以汇票为例详细讲解了汇票的概念、种类和票面内容，最后介绍本票和支票的相关内容，同时将汇票、本票和支票进行了比较，使读者对票据部分最重要、最基本的内容有了初步的认识。



重要概念

票据当事人(Parties to a Bill)、汇票(Bill of Exchange)、本票(Promissory Note)、支票(Check)、请求权(Right of Claim)、追索权(Recourse)、票据的伪造(Bill Forgeries)、票据的变造(Bill Change)

案例分析

案情：被告杰克欠原告麦卡恩36 000美元。为偿付欠款，杰克于2015年6月9日向麦卡恩开出一张金额为36 000美元的转账支票，目的在于偿付所欠钱款。6月12日，该支票遭银行退票，理由是被告存款不足，于是麦卡恩将该支票退给杰克。6月21日，为同一事由，杰克新开出一张金额为30 000美元的转账支票给麦卡恩。麦卡恩再次因杰克的存款不足而遭银行退票。

于是麦卡恩向法院起诉杰克，要求杰克按36 000美元承担票据责任。经法院核对，实际上杰克欠麦卡恩的款项应为28 000美元，杰克抗辩称麦卡恩无权要求他承担36 000美元的票据责任，自己也不应该按第二次开出的转账支票金额30 000美元承担票据责任。

请问：(1)要求杰克按照第一次遭退票的36 000美元承担票据责任，是否成立?

(2) 若欠款确为28 000美元，麦卡恩是否有权按照杰克开出的转账支票金额30 000美元承担票据责任?

(3) 若欠麦卡恩的款项仍为36 000美元，杰克按第二次转账支票的金额30 000美元承担了票据责任后，麦卡恩是否还有权要求杰克将剩余的6 000美元偿还?

分析与启示：(1)票据是完全有价证券，票权合一。麦卡恩在遭到退票以后已经将第一张转账支票还给了被告，因之不能出示票据，丧失了票据的请求权。

(2) 根据票据是无因证券以及票据文义性的特点，票据关系一经成立，即与发行或转让票据的原因相分离，同时票据权利义务的内容完全以票据上的文字记载为准，以票据文字记载内容以外的任何事项所进行的抗辩均属无效。此时，麦卡恩仍然有权要求杰克按照第二次开出的转账支票金额30 000美元承担票据责任。

(3) 此种情形，麦卡恩仍然有权要求杰克偿还剩余的6 000美元的欠款。因为票据是设权证券，当杰克向麦卡恩开出一张转账支票时，在二者之间除原来的债权债务关系之外，又产生了一个新的关系——票据关系，两种权利义务关系相互独立。票据权利的行使只满足了麦卡恩的部分原有的债权，剩余的债权仍然存在。

由此可见，票据原理中有关票据的特征，对指导票据实务操作有着重要的意义。

课后习题

一、简答题

1. 什么是票据？什么是票据行为?
2. 什么是汇票?《票据法》关于汇票有哪些法律规定?
3. 什么是本票?《票据法》关于本票有哪些法律规定?
4. 什么是支票?《票据法》关于支票有哪些法律规定?

二、不定项选择题

1. 根据《票据法》的规定，票据的(　　)不得更改，更改的票据无效。

A. 票据金额　　　　B. 日期

C. 收款人名称　　　　D. 付款人名称

2. 票据持有人有下列情形，不得享有票据权利的有(　　)。

A. 以欺诈、盗窃、胁迫手段取得票据的

B. 明知前手以违法手段取得票据而出于恶意取得票据的

C. 因重大过失取得不符合《票据法》规定的票据的

D. 善意取得票据，但未给付对价的

3. 根据支付结算法律制度的规定，出票日期为“3月20日”的规范写法是(　　)。

A. 零叁月零贰拾日　　　　B. 零叁月贰拾日

C. 叁月零贰拾日　　　　D. 叁月贰拾日

4. 根据规定，背书人在汇票上记载“不得转让”字样，其后手再背书转让的，其产生的法律后果是(　　)。

A. 该汇票无效

B. 该背书转让无效

C. 原背书人对后手的被背书人不承担保证责任

D. 原背书人对后手的被背书人承担保证责任

5. 根据规定，下列有关汇票未记载事项的表述中，正确的是(　　)

A. 汇票上未记载付款日期的，为出票后3个月内付款

B. 汇票上未记载付款地的，为出票人的营业场所、住所或者经常居住地位付款地

C. 汇票上未记载收款人名称的，经出票人授权可以补记

D. 汇票上未记载出票日期的，该汇票无效

6. 甲私刻乙公司的财务专用章，假冒乙公司名义签发了一张转账支票给收款人丙，丙将该支票交给收款人丙，丙将该支票背书转让给丁，丁又背书转让给戊。当戊主张票据权利时，下列表述中，正确的是(　　)。

A. 甲不承担票据责任　　　　B. 乙公司承担票据责任

C. 丙不承担票据责任　　　　D. 丁不承担票据责任

7. 根据规定，下列选项中，票据的债务人可以拒绝履行义务，行使票据抗辩权的有(　　)。

A. 背书不连续

B. 持票人向票据债务人交付的货物有严重的质量问题

C. 票据金额的中文大写与数码记载不一致

D. 票据上没有记载付款地

8. 甲出具一张本票给乙，乙将该本票背书转让给丙，丁作为乙的保证人在票据上签章。丙又将该本票背书转让给戊，戊作为持票人未按照规定期限向出票人提示本票。根据规定，下列选项中，戊不得行使追索权的有(　　)。

A. 甲　　　　B. 乙　　　　C. 丙　　　　D. 丁

9. 根据规定，下列有关汇票和支票区别的表述中，正确的有(　　)。

A. 汇票可以背书转让，支票不可以背书转让

B. 汇票有即期汇票与远期汇票之分，支票则均为见票即付

C. 汇票的票据权利时效为2年，支票的票据权利时效为6个月

D. 汇票的收款人可以由出票人授权补记，支票则不能授权补记

10. 根据规定，下列有关汇票出票人记载事项的表述中，可以导致票据无效的有(　　)。

A. 附条件的支付委托　　B. 票据不得转让

C. 票据金额仅以数码记载　　D. 未记载付款地

三、案例分析题

A公司为支付货款，向B公司签发银行承兑汇票一张，甲银行已经承兑。B公司取得汇票后，将其背书转让给C公司以支付购货款，在背书时，B公司在汇票背面第一个背书栏中签章，但将“被背书人名称”处留白，直接将汇票交给C公司。C公司取得汇票后，将其背书转让给C公司。C公司取得汇票后，将其背书转让给D公司，在背书时，C公司将D公司的名称直接填在第一个背书栏内“被背书人名称”处，而C公司并未在背书栏内签章。D公司又将该汇票背书转让给E公司，并在背书栏中注明“工程验收合格后即付款”。后工程发生严重的质量问题。

在D公司和E公司工程纠纷期间，E公司拟将该汇票背书转让给F公司以支付广告费，F公司因考虑“纠纷”对票款支付的影响，拒绝接受该汇票；后因E公司的母公司G公司提供了保证，F公司接受了该汇票；但G公司未在票据上写明“保证”字样，也未在汇票上签章，仅单方面向F公司出具了书面保函。

汇票到期后F公司依法向甲银行提示付款，甲银行以A银行账户金额不足为由拒绝付款，F公司遂向C、D、E、G公司进行追索。

根据上述资料，分别回答下列问题：

(1) F公司能否要求C公司承担票据责任？并说明理由。

(2) E公司能否取得票据权利？并说明理由。

(3) F公司能否要求G公司承担票据保证责任？并说明理由。

(4) F公司能否要求G公司承担合同法上的保证责任？并说明理由。

(5) F公司能否要求E公司承担票据责任？并说明理由。

(6) 甲银行拒绝付款的理由是否成立？并说明理由。

第12章　消费者权益保护法

学习目标

通过本章的学习，要求学生了解消费者权益保护法的相关概念；掌握消费者权益保护法的调整范围与立法原则；掌握消费者的权利、经营者的义务及经营者的法律责任；掌握消费者权益的国家保护与消费者组织的相关内容以及解决争议的途径；掌握消费者协会投诉流程以及法律责任的认定。

课前案例

2015年3月，张某在某商场买了一身名牌西服，价值5 888元，并领取了商家提供的“三包质量卡”。张某在穿了不到两周后，衣服表面开始起球。张某随即找到商场要求退货。商场认可西服存在产品质量问题，同意调换，不同意退货，同时表示该商品无现货，待和厂家联系后再退换。一个月后，张某再次找到商场，商场说仍没有与厂家联系上，还需再等待。张某要求退货，商场不同意。张某于是向消费者协会投诉。

问：(1)此案应当如何处理？

(2) 法律依据是什么？

12.1　消费者权益保护法概述

12.1.1　消费者权益保护法的定义

消费是社会再生产的重要环节之一，是生产、交换、分配的目的与归宿，它包括生产性消费和生活性消费两方面。其中与基本人权密切关联的是生活性消费。生活性消费是指人们为了满足生活需要而消费物质产品或者耗费劳动服务的行为，是消费者权益保护法的调整领域；生产性消费还属于生产过程本身，消费的结果是生产出新产品，其对于人们生活消费的影响只是一种间接因素，生产性消费由其他法律、行政法规调整。

消费者是指以满足生活需要为目的，购买、使用商品或者接受服务的人。消费者具有以下法律特征：

(1) 消费者的消费是指生活性消费，而不是生产性消费。

(2) 消费者的消费客体是商品和服务。

(3) 消费者既可以是购买商品的人，也可以是使用商品的人，还可以是接受服务的人。

(4) 消费者的主体主要包括公民个人和单位。

(5) 农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，也参照《消费者权益保护法》执行，这是对农民利益的一种特殊保护。农民在购买农药、化肥、种子等直接用于农业生产的生产性资料时，常常受到假冒伪劣的农药、化肥和种子的坑害，为保护农民的合法权益，《消费者权益保护法》对此做出了专门规定。

12.1.2 消费者保护立法

1. 消费者权益保护法的立法概况

我国的《消费者权益保护法》是1993年制定的。该法施行20年来，对保护消费者的合法权益、维护社会经济秩序、促进社会主义市场经济健康发展发挥了重要作用。但是，随着经济社会不断发展，我国消费方式、消费结构和消费理念发生很大变化，在消费者权益保护领域出现了不少新情况、新问题，有必要适时修改这部法律，完善消费者权益保护法律制度。

在该法修改的过程中，一是秉持以人为本的立法理念，认真总结《消费者权益保护法》的实施经验，切实加强对消费者权益的保护。二是针对消费领域出现的新情况、新问题，着重解决广大人民群众十分关注的突出问题，并尽量把保护消费者权益的制度落到实处。三是适应转变经济发展方式的要求，营造良好的法治环境，增强人民群众消费信心，并引导节约资源和保护环境的合理消费。四是按照加强和创新社会管理的需要，进一步发挥消费者协会的作用，强化有关部门对保护消费者权益的监管职责，减少、预防消费纠纷。

十二届全国人大常委会第五次会议表决通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国消费者权益保护法〉的决定》，国家主席习近平签署第7号主席令予以公布。这是该法自1993年颁布后的首次修改，而且修改内容非常多，修改后的法律于2014年3月15日国际消费者权益保护日施行。

2. 消费者权益保护法的调整范围

消费者权益保护法是指在保护消费者权益过程中发生的经济关系的法律规范的总称。消费者权益保护法的调整范围包括：①国家与经营者之间的关系，是指国家有关部门对经营者的经营活动进行监督管理的关系；②国家与消费者之间的关系，是指国家有关部门对消费者提供指导、服务和保护过程中的关系；③经营者与消费者之间的关系，是指消费者在购买、使用经营者提供的商品、服务时，经营者违法行为给消费者造成损害，消费者请求赔偿，以及消费者对经营者监督而发生的关系。

3. 消费者权益保护法的基本原则

1) 自愿、平等、公平、诚实信用原则

消费者与经营者进行交易，应当遵守自愿、平等、公平、诚实信用的原则。自愿，是指交易双方必须建立在双方意愿真实的基础之上，双方不得强迫交易，也不允许第三者非法干预。平等，是指交易双方在交易活动中的法律地位平等。公平，是指不允许一方只享

有权利，另一方只承担义务，不得显失公平。诚实信用，是指在交易过程中，交易双方应当诚实不欺、恪守信用，不弄虚作假、恶意欺诈。坚持这一原则将有利于稳定社会经济秩序，从而促进市场经济的蓬勃发展。

2）特别保护原则

由于消费者与经营者之间的不平等性，使得消费者在交易中处于弱势地位，必须从立法上给予特别保护。目前通行的做法是在《消费者权益保护法》中，只规定消费者的权利，一般会根据《消费者权益保护法》的有关规定和民法上的归责原则，适用无过错原则、严格责任原则，以及举证责任倒置原则，来对消费者给予特别保护。

3）国家支持原则

国家采取措施，保障消费者依法行使权利，维护消费者的权益。国家根据经济、文化发展水平，帮助、指导和教育消费者提高自我保护意识，加强对经营者的监督管理，从而保护消费者合法权益不受到损害。

4）社会监督原则

由于保护消费者是全社会的共同责任，因此国家鼓励、支持一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为进行监督，各个政党、社会团体、武装力量、企事业单位、新闻媒体单位及城乡基层群众性消费自治组织，都应依法积极履行监督职能，从而形成较为完善的消费者权益保护体系。

12.2 消费者的权利与经营者的义务

12.2.1 消费者的权利

消费者的权利是指消费者在购买、使用商品或者接受服务的一定时间内，依法应享有的各种权利。消费者权利作为一种基本人权，是消费者权益保护法的核心。我国《消费者权益保护法》专章规定了消费者的九项权利。

1. 安全保障权

消费者在购买、使用商品或者接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利；消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。安全权包括人身安全权和财产安全权两个方面，这是消费者最重要的权利。

安全保障权包括两方面内容：一是人身安全权，它包括：①消费者的生命安全权，即消费者的生命不受危害的权利；②消费者的健康安全权，即消费者的身体健康状况不受损害的权利。二是财产安全权，指消费者购买、使用的商品或接受的服务本身的安全，并包括除购买、使用的商品或接受服务之外的其他财产的安全。

《消费者权益保护法》还对消费者有权要求经营者提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求做出了规定：商品和服务有国家标准、行业标准的，必须符合该标准；没有国家标准的，必须符合社会普遍公众的安全、卫生要求。这既是安全保障权的内在反映和具体要求，又是安全权得以实现的保障。

案例分析

2014年8月1日晚，沈某和朋友们相约在安贞桥旁边的某餐饮有限公司吃饭。沈某亲自订了12号包间，该房间在二楼，临近消防通道。当大家落座正要点菜时，沈某的手机响起，即边接电话边走出包间，来到包间斜对门三四米处的木制消防通道门旁，后不见踪影。经寻找，发现沈某坠落楼下，经抢救无效身亡。经北京市公安局鉴定为高坠死亡。原告沈某家属起诉至北京市朝阳区人民法院，法院依据《消费者权益保护法》和《民法通则》的规定，判决被告赔偿原告沈某家属法医鉴定费、丧葬费、交通费、民航机场管理建设费共计6 8439元，以及精神损害抚慰金18万元、赡养费72 000元、抚育费67 200元。

这是一起典型的违反安全保障义务的侵权行为。在违反安全保障义务的侵权行为中，主要的类型有三种，即设施设备违反安全保障义务的侵权行为、服务管理未尽安全保障义务的侵权行为和防范制止侵权行为未尽安全保障义务的侵权行为。本案是第一种类型的未尽安全保障的侵权行为。在本案中，沈某作为消费者进入被告的餐厅就餐，餐饮公司作为经营者，对沈某的人身、财产负有合理限度内的安全保障义务，应当向消费者提供符合保障人身安全的服务，其中就包括设施设备的安全无危险。但是被告对本应预见对消费者人身构成危害的安全隐患未采取措施，未尽到合理限度内的安全保障义务，致使沈某坠楼死亡，存在过错，构成设施设备未尽安全保障义务的侵权责任，应当对沈某坠楼身亡的损害后果承担全部赔偿责任。

2. 知悉真情权

消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受服务的真实情况的权利。随着经济的发展，特别是现代科学技术的广泛应用，新的消费品品种日益增多，一些商品的使用要求越来越复杂，消费者需要对商品和服务做必要的了解。消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。

3. 自主选择权

自主选择权是指消费者根据自己的意愿自主地选择其购买的商品及服务的权利。该权利主要包括以下几个方面：①有权自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务，买与不买是消费者的自由；②有权自主选择提供商品或服务的经营者，消费者可以选择这个经营者，也可以选择那个经营者，任何经营者不得强制消费者购买其提供的商品或服务；③有权自主选择商品品种或者服务方式，消费者可以选择这个商品品种，也可以选择那个商品品种；④在自主选择商品或服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。此外，消费者还有权选择购买商品或者接受服务的场所；有权根据商品或者服务的不同情况，选择商品的商标、产地、价格等事项。

4. 公平交易权

消费者的公平交易权是指消费者在与经营者之间的消费者交易中所享有的获得公平交易条件的权利。它包括以下内容：①有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件。质量保障要求商品或者服务必须符合国家规定的标准，没有标准的应符合社会普遍公认的要求；价格合理要求商品或者服务的价格与其价值相符，对有国家定价的，必须按照定价执行，对国家没有定价的，由交易双方按价值规律合理确定；计量是否正确，直接

关系到消费者的经济利益，计量误差不得超过法律规定的范围。②有权拒绝经营者的强制交易行为。强制交易行为的特征是违背消费者的意愿，其表现形式是多种多样的，特别是一些公用企业利用自身的经济优势限定消费者购买其指定的商品。对消费者而言，强制交易行为不仅侵犯了其自主选择权，而且还侵犯了其公平交易权，因而消费者有权予以拒绝。

5. 依法求偿权

依法求偿权是指消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。它是弥补消费者所受损害的必不可少的救济权。享有获得赔偿权的主体包括购买、使用商品或者接受服务的消费者和使用他人购买的商品、服务而受到损害的消费者，以及在别人购买、使用商品或接受服务时，因在场而受到商品或者服务的伤害，致使人身、财产受损害的第三者。前者按契约关系求偿，后两者因与经营者之间没有契约关系，一般按侵权处理，求偿的范围包括人身损害和财产损害两方面。人身权受到侵害，包括生命健康权，人格方面的姓名权、名誉权、荣誉权。财产损害，包括财产上的直接损失和间接损失。直接损失，包括财物被毁损，伤残后花费的医药费等。间接损失，包括因侵害住院而减少的劳动收入等。

6. 依法结社权

依法结社权是指消费者享有依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利，如消费者协会。消费者成立社会团体的目的在于通过集体力量来改变自身的弱小地位，从而维护自身的合法权益。消费者依法行使结社权可以从分散、弱小的个体发展成为集中、强大的社会团体，从而通过集团的力量来改变自己的弱势地位，进而能够与实力雄厚的经营者相抗衡，更好地保护消费者的权利。消费者依法成立维护自身合法权益的社会团体，属于公民结社权的组成部分，也是《宪法》的规定在本法中的具体化。在我国，目前消费者社会团体主要是指依法成立的消费者协会。消费者协会的成立在维护消费者自身合法权益方面正发挥着越来越大的作用。

7. 知识获取权

知识获取权是指消费者享有获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。消费者应当努力掌握所需商品或服务的知识和使用技能，正确使用商品，提高自我保护意识。保障这一权利的目的，是使消费者更好地掌握所需商品和服务的知识和使用技能，提高自我保护意识，使其能够正确使用商品。消费者的知识获取权主要包括以下两方面的内容：①获得有关消费方面的知识。主要是有关消费者的知识、有关商品和服务的基本知识以及有关市场的基本知识，这是保障正确、适宜的消费所不可缺少的。②获得有关消费者权益保护方面的知识。主要是有关消费者权益保护的法律、法规和政策，以及保护机构和争议解决途径等方面的知识。

8. 人格尊严权

消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利，享有姓名权、肖像权、隐私权等个人信息得到保护的权利。这一权利包括以下三方面的内容：①人格尊严受尊重权。在市场交易的过程中，消费者的人格尊严受到尊重，是消

费者应享有的最基本的权利，消费者在消费过程中不受非法搜查、检查、侮辱、诽谤。在实践中，侵犯消费者人格尊严权表现为侮辱消费者的行为，此外还有搜查消费者的身体及其携带的物品，甚至限制消费者人身自由的行为。②民族风俗习惯受尊重权。我国是一个统一的多民族国家，在历史长期的发展过程中，各民族在饮食、服饰、举止、节庆、娱乐、理解、禁忌等方面，都有不同的风俗习惯。这关系到各民族平等，加强民族团结，处理好民族关系，促进国家安定的大问题。③姓名权、肖像权、隐私权等个人信息得到保护权。《消费者权益保护法修订案》对姓名权、肖像权、隐私权等个人信息做出了专门的规定，这是我国消法修改的亮点之一。

9. 监督批评权

消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。消费者有权检举、控告侵害消费者权益的行为和国家机关及其工作人员在保护消费者权益工作中的违法失职行为，有权对保护消费者权益工作提出批评、建议。消费者监督权，可以是与购买、使用商品或者接受服务行为有关系，同时即使没有进行某种消费，也可以提出批评、建议或进行检举、控告。另外，消费者行使监督批评权应当是善意的，它和无理取闹、恶意诽谤有严格区别。

【例题 12-1 多选题】 某公司生产一款新车，该车在有些新设计上不够成熟，导致部分车辆在驾驶中出现故障，甚至因此造成交通事故。事后，该公司拒绝就故障原因做出说明，并拒绝对受害人提供赔偿。该公司的行为侵犯了消费者的哪些权利？（　　）

A. 安全保障权　　B. 知悉真情权

C. 公平交易权　　D. 获取赔偿权

【答案】 ABD

12.2.2 经营者的义务

为了保障消费者权利的实现，经营者应当承担相应的义务。我国《消费者权益保护法》明确规定了经营者的以下十项义务：

1. 严格履行法定和约定的义务

经营者向消费者提供商品或者服务，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定履行义务。经营者和消费者有约定的，应当按照约定履行义务，但双方的约定不得违背法律、法规的规定。

2. 听取意见和接受监督的义务

经营者应当听取消费者对其提供的商品或者服务的意见，接受消费者的监督。经营者的这一义务是与消费者实现监督权相对的。它要求经营者切实把消费者当作上帝，认真听取消费者对其提供的商品或服务的内在质量、价格、品种、数量、服务态度、售后服务等方面的意见和建议，不断修改经营理念，提高经营水平，更好地服务于消费者。经营者还应该认真对待和接受消费者组织、技术监督部门和工商行政部门以及物价监督部门等方面的监督，这是法律和法规所规定的经营者义务。

3. 保障人身和财产安全的义务

经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者做出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。宾馆、商场、车站等经营场所的经营者，未尽到安全保障义务，造成消费者或者其他受害人损害的，应当承担侵权责任。保障安全的义务是指经营者在经营场所对消费者、潜在的消费者或者其他进入服务场所的人之人身、财产安全依法承担的安全保障义务。其义务主体为服务场所的经营者，包括服务场所的所有者、管理者、承包经营者等对该场所负有法定安全保障义务或者具有事实上控制力的公民、法人或者其他社会组织。与此相对应的权利主体是消费者、潜在的消费者、实际进入该服务场所的任何人。

经营者发现其提供的商品或者服务存在缺陷，可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并及时采取停止生产、停止销售、警示、召回等消除危险的措施。采取召回措施的，经营者应当承担消费者因商品被召回支出的必要费用。

因第三人侵权导致损害结果发生的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的，应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充责任。安全保障义务人承担责任后，可以向第三人追偿。

4. 真实信息告知义务

经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得作虚假或者引人误解的宣传。经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用方法等问题提出的询问，应当做出真实、明确的答复。经营者提供商品或者服务应当明码标价。根据《消费者权益保护法》的规定，真实告知义务包括以下内容：

(1) 经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得作虚假或者引人误解的宣传。经营者在向消费者提供商品或者服务时，应当向消费者提供商品的名称，生产厂厂名和厂址，产品规格、等级、所含主要成分，安全使用期或失效日期；产品说明以及正确使用方法和注意事项等；服务的内容、方式、时间、地点等。提供的信息必须真实，不能为了推销其产品或者服务作虚假或者引人误解的宣传。

(2) 经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用方法等问题提出的询问，应当做出真实、明确的答复。在消费者购买商品或者接受服务前，应当了解有关商品和服务质量的真实情况，以便做出合适的消费选择。而在消费者购买了商品之后，真实、明确地答复其提出的有关商品使用方法的询问，可以有利于消费者达到其消费的目的。如果在交易过程中，经营者对消费者的询问置之不理，或作不明确的答复和虚假的说明，就没有尽到经营者应尽的义务。对由此所造成的后果，应当承担相应的法律责任。

5. 真实标识义务

经营者应当标明其真实名称和标记。租赁他人柜台或者场地的经营者，应当标明其真实名称和标记。经营者标明真实名称和标记，便于消费者正确选择，也便于寻找正确的赔偿主体。展销会举办者、场地和柜台提供者应当加强管理，督促参展者和场地柜台的使用者悬挂营业执照并标明其真实名称和标记。采用网络、电视、电话、邮购等方式提供商品

或者服务的经营者，以及从事证券、保险、银行业务的经营者，应当向消费者提供经营地址、联系方式、商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、风险警示、售后服务、民事责任等真实、必要的信息。

6. 出具凭证和单据的义务

经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具购货凭证或者服务单据；消费者索要购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具。购货凭证和服务单据是指在购买商品或接受服务后，商品的销售者和服务的接受者向商品的购买者和服务的接受者出具的证明购销、服务活动存在或合同履行的书面凭证，它对于界定消费者和经营者的权利与义务具有十分重要的证据作用。

7. 质量保证义务

经营者应当保证在正常使用商品或者接受服务的情况下，其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限；但消费者在购买该商品或者接受该服务前已经知道其存在瑕疵的除外。这里所说的正常情况，是指商品的使用者和服务的接受者是符合使用该商品和接受该服务的条件的，而且其使用和接受的方式也是符合要求和规定的。如果使用者不符合要求或者使用方法不符合规定，那么所造成的损失就应由使用者自己负责，与经营者无关。对于经营者已标明不具有应当具有的质量要求的商品或服务，而消费者仍然购买或接受的，经营者对该商品或服务的质量状况不承担责任和义务。

经营者以广告、产品说明、实物样品或者其他方式表明商品或者服务的质量状况的，应当保证其提供的商品或者服务的实际质量与表明的质量状况相符。经营者以虚假广告和虚假产品说明招揽生意，给消费者造成财产和经济损失的，依法应当承担责任。

经营者提供的机动车、微型计算机、电视机、电冰箱等耐用商品或者装饰装修等服务，自消费者接受商品或者服务之日起6个月内出现瑕疵，发生纠纷的，由经营者承担相关举证责任。这是《消费者权益保护法》修改的一大亮点，举证责任倒置更有利于消费者维护自身的权益。

8. 承担售后责任的义务

经营者提供的商品或者服务不符合质量要求的，消费者可以依照国家规定和当事人约定退货，或者要求经营者履行更换、修理等义务；没有国家规定和当事人约定的，消费者可以自收到商品之日起7日内退货；7日后符合《中华人民共和国合同法》规定的解除合同条件的，消费者可以及时退货，不符合解除合同条件的，可以要求经营者履行更换、修理等义务。依照前款规定对大件商品进行退货、更换、修理的，经营者应当承担运输等必要费用。

经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品，消费者有权自收到商品之日起7日内退货，但根据商品性质不宜退货的除外。经营者应当自收到退回货物之日起7日内返还消费者支付的价款。

9. 严格遵守公平交易的义务

经营者使用格式条款，应当以明显方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害

关系的内容，并按照消费者的要求予以说明。

经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式做出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定。

格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。

10. 尊重消费者的义务

经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。经营者侵害消费者的人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者姓名权、肖像权、隐私权等个人信息得到保护的权利的，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。经营者有侮辱诽谤、限制人身自由等侵害消费者或者其他受害人人身权益的行为，造成严重精神损害的，受害人可以要求精神损害赔偿。

经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、篡改、毁损，不得出售或者非法向他人提供。经营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性电子信息。

【例题 12-2 多选题】 经营者的(　　)行为违反了《消费者权益保护法》的规定。

A. 商家在商场内多处设置监控录像设备，其中包括服装销售区的试衣间

B. 商场的出租台更换了承租商户，新商户进场后，未更换原商户设置的名称标牌

C. 顾客以所购商品的价格高于其他商店的同类商品的售价为由要求退货，商家予以拒绝

D. 餐馆规定，顾客用餐结账时，餐费低于5元的不开发票

【答案】 ABD

12.3 消费者权益的法律保护

12.3.1 国家对消费者合法权益的保护

我国《消费者权益保护法》专门规定了国家对于消费者权益的保护，体现了国家对于消费者保护的重视。

1. 立法保护

国家通过制定、修改、颁布有关消费者权益保护法的立法活动来保护消费者的合法权益。我国制定的《中华人民共和国反不正当竞争法》《中华人民共和国产品质量法》《中华人民共和国食品卫生法》等都体现了对消费者合法权益的保护。同时，国家制定有关消费者权益的法律、法规和强制性标准，应当听取消费者和消费者协会等组织的意见。

2. 行政保护

各级人民政府应当加强领导，组织、协调、督促有关行政部门做好保护消费者合法权益的工作。各级人民政府应当加强监督，预防危害消费者人身、财产安全行为的发生，及时制止危害消费者人身、财产安全的行为。

各级人民政府工商行政管理部门和其他有关行政部门应当依照法律、法规的规定，在各自的职责范围内，采取措施，保护消费者的合法权益。

有关行政部门应当听取消费者及其社会团体对经营者交易行为、商品和服务质量问题的意见，及时调查处理。有关行政部门在各自的职责范围内，应当对经营者提供的商品和服务进行抽查检验，并向社会及时公布抽查检验结果。有关行政部门抽查检验发现经营者提供的商品和服务存在缺陷，可能对消费者人身、财产安全造成危害的，应当立即责令经营者采取停止生产、停止销售、警示、召回等消除危险的措施。

3. 司法保护

有关国家机关应当依照法律、法规的规定，惩处经营者在提供商品和服务中侵害消费者合法权益的违法犯罪行为。人民法院应当采取措施，方便消费者提起诉讼。对符合《中华人民共和国民事诉讼法》起诉条件的消费者权益争议，必须受理，及时审理。

12.3.2 消费者组织

1. 消费者组织的概念

消费者组织又称消费者保护团体，是指依法成立的对商品和服务进行社会监督，从而保护消费者合法权益的社会团体的总称。在我国，消费者组织有两种，一种是消费者协会，包括中国消费者协会以及各地成立的消费者协会；另一种是其他消费者组织，如中国保护消费者基金会。消费者协会和其他消费者组织在对商品和服务进行社会监督，保护消费者合法权益方面起着重要作用。同时，消费者组织不得从事商品经营和营利性服务，不得以广告或者其他形式向消费者推荐商品和服务。

2. 消费者组织的职能

在各种消费者组织中，消费者协会是最普遍、最重要的。消费者协会履行下列职能：①向消费者提供消费信息和咨询服务，引导节约资源和保护环境的合理消费，提高消费者维护自身权益的能力；②参与制定有关消费者权益的法律、法规和强制性标准；③参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查；④就有关消费者合法权益的问题，向有关部门反映、查询，提出建议；⑤受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查、调解；⑥投诉事项涉及商品和服务质量问题的，可以提请鉴定部门鉴定，鉴定部门应当告知鉴定结论；⑦就损害消费者合法权益的行为，支持受损害的消费者提起诉讼或者依照本法提起诉讼；⑧对损害消费者合法权益的行为，通过大众传播媒介予以揭露、批评。各级人民政府对消费者协会履行职能应当予以支持。

12.3.3 消费者权益争议的解决

1. 消费者权益争议的解决途径

1）双方协商和解

协商和解是指消费者与经营者双方在平等自愿的基础上，本着公平、互谅的态度，通过协商，交换意见，就有关问题达成和解协议，使纠纷得以解决的方式。消费者在确认自己的合法权益受到损害而准备采取协商和解的方式予以解决时，应注意以下几方面的问题：第一，准备好详细、真实、充足的证据和必要的证明材料。第二，要坚持公平合理、实事求是的原则。在与经营者协商时，要阐明问题发生的事实经过，提出自己合理的要求，必要时可指明所依据的法律条文，以促成问题的尽快解决。

2）请求消费者协会调解

消费者协会是依法成立的专门保护消费者合法权益的组织，是对商品和服务进行社会监督的主要社会团体。因此，消费者在自身合法权益受到侵害时，向消费者协会投诉，请求消费者协会调解是最常见的方式，能够较为顺利、有效地解决纠纷。消费者向消费者协会投诉要提供文字材料或投诉人签字盖章的详细口述笔录。其内容如下：①投诉人的姓名、住址、邮政编码、电话号码等；②被投诉方的单位名称、详细地址、邮政编码、电话号码等；③所购商品或接受服务的日期、品名、牌号、规格、数量、计量、价格等；④受损害及与经营者交涉的情况；⑤凭证（发票、保修证件等复印件）和有关证明材料。

3）向有关行政部门申诉

消费者在购买、使用商品或者接受服务受到损害时，可以向各级人民政府所属的与保护消费者权益有关的行政部门申诉。主要包括工商行政管理、技术监督、价格管理、卫生、防疫、进出口商品检验等部门。

4）仲裁

仲裁是指双方当事人在争议发生之前或者争议发生之后达成协议，自愿将争议提交仲裁委员会裁决的一种法律制度。

5）诉讼

当消费者的合法权益受到损害，消费者又未与经营者达成仲裁协议时，消费者可直接向人民法院提起诉讼，请求人民法院通过审判来解决消费者与经营者之间的消费争议，以保护消费者的合法权益。

2. 赔偿责任主体的确定

（1）消费者在购买、使用商品时，其合法权益受到损害的，可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或者其他销售者追偿。

消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的，可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。属于销售者责任的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。

（2）消费者在接受服务时，其合法权益受到损害的，可以向服务者要求赔偿。

（3）消费者在购买、使用商品或者接受服务时，其合法权益受到损害，因原企业分

立、合并的，可以向变更后承受其权利义务的企业要求赔偿。

(4) 使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务，损害消费者合法权益的，消费者可以向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿。

(5) 消费者在展销会、租赁柜台或者通过网络交易平台等购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。展销会结束、柜台租赁期满或者网络交易平台上的销售者、服务者不再利用该平台的，也可以向展销会的举办者、柜台的出租者或者网络交易平台提供者要求赔偿。展销会的举办者、柜台的出租者或者网络交易平台提供者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。

(6) 消费者因经营者利用虚假广告提供商品或者服务，其合法权益受到损害的，可以向经营者要求赔偿。广告经营者、发布者发布虚假广告的，消费者可以请求行政主管部门予以惩处。广告经营者、发布者不能提供经营者的真实名称、地址的，应当承担赔偿责任。

广告经营者、发布者设计、制作、发布食品药品等关系消费者生命健康商品或者服务的虚假广告，造成消费者损害的，广告经营者、发布者与提供该商品或者服务的经营者承担连带责任。

12.3.4 侵害消费者合法权益的法律责任

违反消费者权益保护法的法律责任是以民事责任为核心，同时还包括行政责任和刑事责任。

1. 民事责任

经营者提供商品或者服务有下列情形之一的，除消费者权益保护法另有规定外，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定，承担民事责任：①商品存在缺陷的；②不具备商品应当具备的使用性能而出售时未作说明的；③不符合在商品或者其包装上注明采用的商品标准的；④不符合商品说明、实物样品等方式表明的质量状况的；⑤生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；⑥销售的商品数量不足的；⑦服务的内容和费用违反约定的；⑧对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的；⑨法律、法规规定的其他损害消费者权益的情形。

民事责任包括侵害消费者人身和财产两个方面的责任。

1) 侵害消费者人身权利的民事责任

经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助器具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

经营者侵害消费者的人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者姓名权、肖像权、隐私权等个人信息的，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。

经营者有侮辱诽谤、限制人身自由等侵害消费者或者其他受害人人身权益的行为，造成严重精神损害的，受害人可以要求精神损害赔偿。

2）侵害消费者财产权利的民事责任

经营者提供的商品或服务不符合国家规定或者约定、不履行法定或者约定的义务造成消费者财产损害的，或者产品被认定为不合格以及有欺诈行为的，都应当承担民事责任。具体包括：

（1）经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当依照法律规定或者当事人约定承担修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失等民事责任。

（2）经营者以预收款方式提供商品或者服务的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回预付款；并应当承担预付款的利息、消费者必须支付的合理费用。

（3）依法经有关行政部门认定为不合格的商品，消费者要求退货的，经营者应当负责退货。

（4）经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务费用的两倍；增加赔偿的金额不足500元的，为500元。法律另有规定的，依照其规定。

经营者有明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供的欺诈行为，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，依法追究刑事责任；受害人有权要求所受损失两倍以下的民事赔偿。

2. 行政责任

经营者有下列情形之一，除承担相应的民事责任外，《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规对处罚机关和处罚方式有规定的，依照法律、法规的规定执行；法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门或者其他有关行政部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处以违法所得一倍以上十倍以下的罚款；没有违法所得的，处以50万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿、吊销营业执照。

（1）提供的商品或者服务不符合保障人身、财产安全要求的。

（2）在商品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格商品冒充合格商品的。

（3）生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的。

（4）伪造商品的产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址，伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志的。

（5）销售的商品应当检验、检疫而未检验、检疫，或者伪造检验、检疫结果的。

（6）对商品或者服务作虚假或者引人误解的宣传的。

（7）拒绝或者拖延对缺陷商品采取停止生产、停止销售、警示、召回等消除危险措施的。

（8）对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的。

（9）侵害消费者人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者姓名权、肖像权、隐私权等个人信息的。

（10）法律、法规规定的对损害消费者权益应当予以处罚的其他情形。

经营者对行政处罚决定不服的，可以依照《中华人民共和国行政复议法》《中华人民共和国行政诉讼法》的规定申请行政复议或者提起行政诉讼。

3. 刑事责任

我国《消费者权益保护法》对应追究刑事责任的侵害消费者合法权益的行为主要包括以下三种：

（1）经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（2）以暴力、威胁等方法阻碍有关行政部门工作人员依法执行职务的，依法追究刑事责任；拒绝、阻碍有关行政部门工作人员依法执行职务，未使用暴力、威胁方法的，由公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚法》的规定处罚。

（3）国家机关工作人员玩忽职守或者包庇经营者侵害消费者合法权益的行为的，由其所在单位或者上级机关给予行政处分；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

本章小结

较之于社会经济生活中消费环节的重要地位，消费者在现实中的力量因无法与生产经营者相抗衡而使得“消费决定生产”最终沦为空谈，由此带来对整个社会经济循环的破坏，社会经济的健康与稳定受到巨大威胁。因此，这种情形必须得到矫正。通过法律对不同主体权利义务的重新配置，提升消费者与生产经营者的对话与对抗能力，使生产经营者与消费者之间的利益达到平衡。具体而言，通过立法，一方面赋予消费者以特殊权利，另一方面对生产经营者科以特殊义务。本章对消费者的概念与范围及消费者权益保护法的概念进行了界定；比较了消费者的权利和经营者的义务；阐述了消费者权益争议的解决和法律责任的确定。通过本章的学习，了解消费者权益保护法的理论意义和现实意义，并能灵活运用消费者权益保护法的相关原理去分析和解决现实生活中的消费者权益争议问题。

重要概念

消费(Consume)、生活消费(Consume of Living)、消费者(The Consumer)、消费者权益(Rights and Interests of the Consumer)、经营者(The Proprietor)、经营者义务(Duty of The Proprietor)、消费者权益保护法(The Law on Protecting Rights and Interests of the Consumers)、消费争议(Dissensions Between the Consumer and the Proprietor)、违法责任(Obligation as a Result of Lawbreaking)

案例分析

某自选商场是北京一家大型的自选超市，2015年1月3日李某(学生)去该超市购物，上午十点，当李某欲从珠宝店出来时，服务员张某挡住了他的去路，张说：“我怀疑你拿了本店的首饰，能否让我看看。”当即遭到李某的断然拒绝，张说：“看你贼眉鼠目的样子，就知道不是好人，做贼心虚吧。”

张某遂叫保安人员，将李某强拉到保卫室，由超市的女工作人员对李的大衣口袋及裤兜进行检查，没有发现超市的首饰，便放走了李某。李某很气愤，遂于2015年2月向法院提起诉讼，声称自选超市侵

犯其名誉权与人身自由，要求自选超市公开赔礼道歉，并赔偿其损失。

请问：(1) 消费者享有的维护尊严权的含义是什么？

(2) 本案中的自选超市是否侵权？

分析与启示：(1)消费者享有维护尊严权，是指消费者在购买、使用商品及接受服务时，享有其人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。《消费者权益保护法》规定，经营者侵害消费者人格尊严或者侵犯消费者人身自由的，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉并赔偿损失。

(2) 本案中自选超市对消费者身体擅自搜查，肆意侮辱，并限制李某人身自由达半小时之久，侵犯了李某的人格尊严，是严重的侵权行为。自选超市应公开向李某赔礼道歉，并赔偿李某精神损失费。

课后习题

一、简答题

1. 消费者的概念是什么？消费者的法律特征是什么？
2. 消费者的权利包括哪些？
3. 经营者的义务包括哪些？
4. 什么是举证责任倒置？

二、不定项选择题

1. 消费者在购买、使用商品时，享有(　　)的权利。

A. 自由选择　　B. 依法结社

C. 公平交易　　D. 受到人身财产损害时获得赔偿

2. 经营者不得(　　)。

A. 对消费者进行侮辱、诽谤　　B. 侵犯消费者的人身自由

C. 搜查消费者的身体及携带的物品　　D. 拒绝消费者索要服务单据的要求

3. 消费者协会享有下列哪些职权？(　　)

A. 参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查

B. 受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查和仲裁

C. 就损害消费者的行为以自己的名义提起诉讼

D. 参与制定有关消费者权益的法律、法规和强制性标准

4. 经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务费用的(　　)；增加赔偿的金额不足500元的，为500元。法律另有规定的，依照其规定。

A. 一倍　　B. 二倍　　C. 三倍　　D. 四倍

5. 对于在商品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格商品冒充合格商品的由有关部门责令改正，并根据其情节处以违法所得一倍以上(　　)以下的罚款；没有违法所得的，处以50万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿、吊销营业执照。

A. 二倍　　B. 五倍　　C. 七倍　　D. 十倍

6. 李先生在某大型商场购物时，由于收银台带电，以致全身遭到强电电击受伤，李先生的(　　)权受到了侵害，他(　　)要求商场提供安全的消费场所和环境。

A. 知情、有权　　B. 安全保障、无权
C. 知情、无权　　D. 安全保障、有权

7. 下列哪种情况违反了经营者明码标价义务？(　　)

A. 货品与价签对位　　B. 价格变动时调整价签
C. 收取未标明的费用　　D. 标价内容真实正确

8. 经营者提供商品或服务，应向消费者出具购货凭证或服务单据，消费者索要购物凭证或服务单据的，经营者(　　)出具。

A. 必须　　B. 不一定　　C. 可以　　D. 视具体情况

9. 吴某与张某于2014年10月2日举行结婚典礼。同日吴某将拍摄婚礼活动的一卷胶卷交给某彩色扩印公司冲印，并预交冲印费24元，彩色扩印公司开出一张印单交给吴某，印单上事先印好了“如遇意外损失或遗失，只赔偿同类同号胶卷一卷或相当价值的现金”的字样。后彩色扩印公司将该胶卷遗失。吴某要求赔偿精神损失，彩色扩印公司引用免责条款，只同意赔偿一个胶卷的钱。下列哪一种观点是不正确的？(　　)

A. 彩色扩印公司只负退还扩印费和赔偿同类同号胶卷或相当价值现金的责任
B. 应按照《消费者权益保护法》的规定，认定印单上的责任条款无效
C. 应按照《合同法》的规定确认印单上的责任条款显失公平，予以撤销
D. 彩色扩印公司违约，且遗失的是有珍贵纪念意义的照片，应赔偿吴某精神损失

10. 消费者为(　　)需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受《消费者权益保护法》保护。

A. 生产　　B. 生活　　C. 生产和生活　　D. 个人

三、案例分析题

2014年11月2日，被告上海绿洲经济动物科技公司与上海博物馆签约，租借该馆102室经营绿洲牌蚂蚁粉。2015年10月17日，消费者吴某在未明确销售单位的上海博物馆102室，购得两袋标重为154g装的绿洲牌蚂蚁粉，支付人民币150元。同年10月19日上午6时左右，吴某按袋蚂蚁粉所附的说明书服用。6时45分左右，吴某感觉身体不适，到7时20分，经抢救无效死亡，时年51岁。吴某之妻郑某立即向上海市南市公安分局报案，由南市公安局委托上海医科大学对吴某的尸体进行解剖，其死因鉴定结论为：死者吴某有过敏史、哮喘病史，此次服用蚂蚁粉异体蛋白诱发支气管哮喘，终因过敏性休克死亡。

郑某立即向上海市黄浦区人民法院起诉。人民法院受理案件后进行调查。法院查明：被告上海绿洲经济动物科技公司所出售的绿洲牌蚂蚁粉，未通过上海市食品卫生监督检验所审批，没有获得相关批号。绿洲公司还有擅自涂改食品监督部门批复的产品卫生审核批复单等行为，并以此申领到食品卫生许可证。而且被告销售的蚂蚁粉说明书上未注明禁忌症，也没有明确的警示文字。其说明书上标明的“长期服用无毒无副作用”“能治疗哮喘等多种疾病”的文字，对消费者有误导作用。

根据上述资料，分别回答下列问题：

(1) 你认为本案是否构成侵权？为什么？
(2) 如果构成侵权，那么侵害了消费者的哪一项权利或者哪几项权利？
(3) 本案经营者绿洲公司有没有违反经营者义务的行为？如果有，违反了什么义务？
(4) 本案可以以谁为被告向法院起诉？请说明理由。

第13章 劳 动 法

学习目标

通过本章的学习，使学生掌握劳动合同的基本原理、基本制度，劳动合同的订立与生效、履行与变更、解除和终止，违反劳动合同的法律责任以及集体合同的适用等；掌握劳动基准和劳动监察的基本制度；培养运用所学理论知识分析和解决实际案例的能力。

课前案例

2015年1月10日，小王入职时，公司告知他有三个月的试用期，但是没有与小王签订书面的劳动合同。2015年3月15日，公司通知小王，由于他在试用期表现不佳，所以公司决定辞退他。小王觉得很委屈，因为在试用期内他确实努力工作而且自认为表现是很好的。在这种情况下，小王应该怎么办？

13.1 劳动法概述

13.1.1 劳动法的概念和调整对象

劳动法是调整劳动关系以及与劳动关系密切联系的其他社会关系的法律规范的总称。劳动法调整的对象是职业劳动关系和附随劳动关系。

1. 职业劳动关系

职业劳动关系主要是指劳动者与用人单位之间基于职业劳动而产生的社会关系，是劳动法调整对象的核心。劳动法所调整的职业劳动关系既包括企业和个体经济组织与劳动者之间的劳动合同关系，还包括国家机关、事业组织和社会团体与劳动者之间的劳动合同关系。

2. 附随劳动关系

附随劳动关系是指与职业劳动关系密切相关的一些社会关系，它们以职业劳动关系的存在为前提或者为职业劳动关系的产生、存续服务。附随劳动关系一般包括劳动力管理关系、劳动保险关系、劳动争议处理关系和劳动监察关系。

13.1.2 劳动法律关系

劳动法律关系是当事人依据劳动法律规范，在实现劳动过程中形成的权利义务关系。狭义的劳动法律关系包括劳动者和用人单位。

1. 劳动者

劳动者是指具有劳动能力，以从事劳动获取合法劳动报酬的自然人。根据《劳动法》第3条第1款的规定，劳动者的劳动权利主要有：平等就业和选择职业的权利；取得劳动报酬的权利；休息休假的权利；获得劳动安全保护的权利；接受职业技能培训的权利；享受社会保险和福利的权利；依法参加工会和职工民主管理的权利；提起劳动争议处理的权利；法律规定的其他劳动权利。

劳动者的劳动义务主要有：按时完成劳动任务；提高职业技能；执行劳动安全卫生规程；遵守劳动纪律和职业道德；爱护和保卫公共财产；保守国家秘密；保守用人单位商业秘密。

2. 用人单位



用人单位是指依法使用和管理劳动者并支付其劳动报酬的单位。

具体而言，用人单位的权利主要有：招工权，是用人单位根据本单位需要招用职工的权利；用人权，是用人单位依照法律和合同的规定，使用和管理劳动者的权利；奖惩权，是用人单位依照法律和本单位的劳动纪律，决定对职工奖惩的权利；分配权，是用人单位在法律和合同规定的范围内，决定劳动报酬分配方面的权利。

用人单位有以下义务：依法支付与调整劳动者报酬、告知职业病危害、防治职业病、采取措施防性骚扰、为劳动者缴纳社会保险费用、为劳动者办理养老保险、大病统筹、失业保险、对被裁减职工支付经济补偿金、依法办理退休手续、依法处理职工除名以及及时为失业人员出具终止或者解除劳动关系的证明等。

13.1.3 劳动法的基本原则

劳动法的基本原则是指国家劳动立法的指导思想，是调整劳动关系以及与劳动关系有密切联系的社会关系时必须遵循的基本准则。根据我国宪法和劳动法有关规定，劳动法的基本原则可以概括为：①民主管理原则；②各尽所能、按劳分配原则；③劳动者享有劳动保护和休息权利的原则；④劳动者享有物质帮助权利的原则；⑤男女平等、民族平等原则。

13.1.4 我国劳动法的立法概况

我国现已形成以基本法《劳动法》为主导、以单行的专门法为补充的劳动立法体系。就具体内容而言，《劳动法》主要对各种劳动制度予以抽象的规定，而各专门法则对《劳动法》的各种制度做出具体的规定，两者属一般法与具体法的关系。基于此标准，对劳动法的立法体系可以作以下概括：

1. 综合性立法

综合性立法主要包括《劳动法》《残疾人保护法》《妇女权益保护法》《未成年人保护

法》等。

2. 劳动就业和职业培训制度

劳动就业和职业培训的相关立法有《就业促进法》《职业教育法》《职业介绍规定》《企业职工培训规定》等。

3. 劳动合同制度

劳动合同制度相关的立法有《劳动合同法》《关于实行劳动合同若干问题的通知》《集体合同规定》等。

4. 劳动基准

劳动基准包括工作时间基准、休息休假基准、工资基准、劳动安全卫生基准、女职工和未成年工保护基准。相关的立法有《禁止使用童工规定》《关于职工探亲待遇的规定》《工作支付暂行规定》《企业最低工资规定》《职业病防治法》《女职工劳动保护规定》《未成年工特殊保护规定》《工厂安全卫生规程》《矿山安全条例》《化学危险品安全管理条例》等。

5. 劳动争议处理制度

劳动争议处理制度的相关立法有《企业劳动争议处理条例》《企业劳动争议调解委员会组织及工作规则》《劳动争议仲裁委员会规则》《劳动争议仲裁委员会办案规则》《劳动仲裁员聘任管理办法》等。

6. 劳动监察制度

劳动监察制度的相关立法有《劳动监察规定》《劳动监察程序规定》《劳动监察员管理办法》《违法〈中华人民共和国劳动法〉行政处罚办法》等。

13.2 劳动合同

13.2.1 劳动合同概述

1. 劳动合同的概念

劳动合同亦称劳动契约、劳动协议，是指劳动者与用人单位之间为确立劳动关系，经过平等协商达成的明确双方权利和义务的书面协议，是确立劳动关系的法律形式。

2. 劳动合同的特征

劳动合同除具有合同的一般特征外，还有其独有的特征。

（1）劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系的法律形式，其内容是明确劳动权利和劳动义务。

（2）劳动合同主体具有特定性。

（3）劳动合同具有较强的法定性。

（4）劳动合同属于从属性合同。

（5）劳动合同属于有偿合同。

3. 劳动合同法的立法概况

我国1994年的《劳动法》对劳动合同作了专章的规定。2008年出台了《劳动合同法》，对劳动合同做出全面完整的规定，对完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利义务，保护劳动者合法权益，构建发展和谐稳定的劳动关系有重大的价值和意义。

13.2.2 劳动合同的订立与生效

劳动合同的订立，是指劳动者和用人单位经过相互选择和平等协商，就劳动合同条款达成协议，从而确定劳动关系和明确相互权利义务的法律行为。劳动合同的生效，是指劳动合同签订后能够按照双方的意思表示发生法律效力。

1. 劳动合同的内容

劳动合同的内容是指用人单位与劳动者双方通过平等协商所达成的关于劳动权利和劳动义务的具体条款，包括法定条款和约定条款。

法定条款，又称必备条款，是指劳动法律规定，双方当事人签订劳动协议中必须具备的条款。《劳动合同法》第17条第1款规定，劳动合同应当具备以下条款：①用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；②劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；③劳动合同期限；④工作内容和工作地点；⑤工作时间和休息休假；⑥劳动报酬；⑦社会保险；⑧劳动保护、劳动条件和职业危害防护；⑨法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

约定条款，是指劳动者与用人单位之间在必备条款之外，根据双方的具体情况，经过协商认为需要约定的条款。《劳动合同法》第17条第2款规定：用人单位和劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。

2. 劳动合同的形式

《劳动法》第19条规定：劳动合同应当以书面形式订立。《劳动合同法》第10条第1款规定：建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。因此，以书面形式订立劳动合同是法定形式，双方当事人应严格遵守。

3. 劳动合同的效力

（1）劳动合同的生效。依法订立的合同，其生效时间始于合同签订之日。合同订立后，需要鉴证或公证的，其生效时间始于鉴证或公证之日。

（2）劳动合同的无效。劳动合同的无效，是指劳动合同由于缺乏有效要件而全部或者部分不具有法律效力。确认劳动合同部分无效的，如果不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效。劳动合同的无效，由劳动争议仲裁委员会或人民法院确认。

《劳动合同法》第26条对无效和部分无效作了规定：①以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；②用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；③违反法律、行政法规强制性规定的。

4. 无固定期限劳动合同

（1）用人单位自用工之日起满1年不与劳动者订立书面合同的，视为用人单位自用工

之日起满1年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同。

（2）有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。

① 劳动者在该用人单位连续工作满10年的。

【解释】 连续工作满10年的起始时间，应当自用人单位用工之日起计算，包括《劳动合同法》实施前的工作年限。

② 用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满10年且距法定退休年龄不足10年的。

③ 连续订立2次固定期限劳动合同，且劳动者没有下述情形，续订劳动合同的。

a. 严重违反用人单位的规章制度的；

b. 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

c. 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响或者经用人单位提出，拒不改正的；

d. 以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用人单位在违背真实意思的情况下订立或变更劳动合同，致使劳动合同无效的；

e. 依法被追究刑事责任的；

f. 劳动者"患病或者非因工负伤"，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

g. 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

【解释】 连续订立固定期限劳动合同的次数，应当自《劳动合同法》2008年1月1日实施后，续订固定期限劳动合同时开始计算。

【例题13-1多选题】 根据劳动合同法律制度的规定，除劳动者提出订立固定期限劳动合同以外，下列各项中，应当订立无固定期限劳动合同的有（　　）。

A. 自2000年1月1日起，张某在甲公司已经连续工作14年，张某提出与甲公司订立劳动合同

B. 乙国有企业改制重新订立劳动合同时，孙某在该企业已经连续工作11年，孙某距法定退休年龄还有8年

C. 自2008年1月1日起，王某与丙公司已经连续订立2次固定期限劳动合同，但王某非因工负伤，在规定医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由丙公司另行安排的其他工作，王某提出与丙公司续订劳动合同

D. 自2010年1月1日起，赵某与丁公司已经连续订立2次固定期限劳动合同，但赵某不能胜任工作，经丁公司培训后，仍不能胜任工作，赵某提出与丁公司续订劳动合同

【答案】 AB

（3）用人单位违反《劳动合同法》的规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自"应当订立"无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付2倍的工资。

5. 劳动合同的约定条款

用人单位与劳动者在劳动合同中可以约定试用期、服务期、保密等条款，但约定事项不能违反法律、行政法规的强制性规定，否则该约定无效。

1）试用期

（1）试用期属于劳动合同的约定条款，双方可以约定，也可以不约定。

（2）试用期的强制性规定。

① 劳动合同期限不满3个月的或者以完成一定工作任务为期限的劳动合同，不得约定试用期；

② 劳动合同的期限3个月以上不满1年的，试用期不得超过1个月；

③ 劳动合同的期限1年以上不满3年的，试用期不得超过2个月；

④ 3年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过6个月。

【解释】 1年以上包括1年，不满3年不包括3年，不得超过1个月是指小于等于1个月。

（3）同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

① 在试用期内解除劳动合同，不管是用人单位解除还是劳动者解除，用人单位再次招用该劳动者时，不得再约定试用期。

② 试用期结束后，不管是在劳动合同期限内，还是劳动合同续订的，用人单位不得再次约定试用期。

③ 劳动合同续订或者劳动合同终止后一段时间又招用劳动者的，对该劳动者，用人单位不得再约定试用期。

（4）试用期应包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同的期限。

（5）试用期工资的强制性规定。劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低工资或者劳动合同约定工资的80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

（6）用人单位违反规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

（7）试用期内劳动合同的解除。① 劳动者在试用期内提前3日通知用人单位，可以解除劳动合同。

② 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但应当向劳动者说明理由。

第一，劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的；

第二，劳动者严重违反用人单位规章制度的；

第三，劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

第四，劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

第五，劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

第六，劳动者依法被追究刑事责任的；

第七，劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事用人单位另行安排的工作的；

第八，劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

【例题13-2多选题】 2011年1月1日，张某与甲公司签订了1年期的劳动合同，合同中约定了试用期，并约定试用期满后工资为1 200元；当地最低工资标准为1 000元。根据劳动合同法律制度的规

定，下列表述中，正确的有(　　)。

A. 试用期不得超过2个月

B. 试用期的工资不得低于960元

C. 试用期的工资不得低于1 000元

D. 试用期不包含在劳动合同期内

【答案】 AC

2）服务期

（1）用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。对已经履行部分服务期限的，用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

【案例】 甲公司为员工张某支付培训费10 000元(甲公司能提供相关证明)，约定服务期为5年。3年后，张某违反服务期约定，应支付违约金4 000元。

（2）服务期一般长于劳动合同期限，劳动合同期满，但是用人单位与劳动者约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当延续至服务期满；双方另有约定的，从其约定。

（3）服务期内劳动合同的解除。

第一，劳动者的过错。

① 劳动者严重违反用人单位的违章制度的；

② 劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

③ 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

④ 劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

⑤ 劳动者被依法追究刑事责任的。

第二，用人单位的过错。

① 用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；

② 用人单位未及时足额支付劳动报酬的；

③ 用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险的；

④ 用人单位的规章制度违反法律、行政法规的规定，损害劳动者权益的；

⑤ 用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

⑥ 用人单位在劳动合同中免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

⑦ 用人单位违反法律、行政法规的强制性规定的；

⑧ 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

3）保守商业秘密和竞业限制

（1）对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。补偿金的数额由双方约定，劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

（2）从事同类业务的竞业限制期限，不得超过2年。

13.2.3 劳动合同的履行和变更

1. 劳动合同的履行

劳动合同的履行，是指劳动者和用人单位按照劳动合同的规定，双方各自履行合同规定的义务和享受合同规定的权利的行为。劳动合同的履行要遵循下列基本原则。

1）亲自履行原则

合同当事人必须以自己的行为履行各自依据劳动合同所承担的义务，而不得由他人代理。

2）全面履行原则

劳动合同是一个整体，合同当事人必须履行合同的全部条款和各自承担的全部义务。

3）合法原则

《劳动合同法》着重强调了三个方面。一是规定用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定及时足额支付劳动报酬。用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令。二是规定用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。三是规定劳动者对用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业有权拒绝，不视为违反劳动合同；对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告。

2. 劳动合同的变更

劳动合同用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。变更后的劳动合同文本应当由用人单位和劳动者各执一份。

关于调岗调薪，是企业根据自身生产经营需要调整员工的工作岗位及薪酬标准，是企业用人自主权的重要内容，对企业的正常生产经营不可或缺。目前司法裁判机关对此的态度是：首先，承认和保护企业的用工自主权，即允许企业根据生产经营需要对员工调岗调薪；其次，承认和保护的同时，也要防止此权利的滥用，比如滥用此权利以打击报复等；最后，为防止此权利的滥用，企业应对其调岗调薪行为举证说明其具有“充分合理性”。

根据我国相关的劳动法规的规定，允许变更劳动合同的情形如下：

（1）当事人协商达成变更协议的。

（2）订立劳动合同时所依据的法律、行政法规和规章已经修改或者废止的。

（3）劳动合同条款与集体合同条款规定不一致的。

（4）企业经上级主管部门批准或根据市场变化决定转产或者调整生产任务的。

（5）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

（6）企业严重亏损或因发生自然灾害，确实无法按照原约定的条件履行劳动合同的。

（7）劳动者因身体健康状况而不能从事原工作的。

（8）法律、法规规定的其他情况。

在劳动合同没有变更的情况下，用人单位不得安排职工从事合同规定以外的工作，但下列情况除外：①发生事故或遇灾害，需要及时抢修或救灾的；②因工作需要而临时调动

工作的；③发生短期停工的；④法律允许的其他情况。

13.2.4 劳动合同的解除和终止

1. 劳动合同的解除

劳动合同的解除，是指劳动合同订立后，尚未履行完毕前，由于某种原因，劳动合同一方或双方当事人提前终止劳动关系的法律行为。按照《劳动法》《劳动合同法》的规定，劳动合同的解除分为法定解除和协商解除两类。法定解除是指因发生法律、法规或劳动合同规定的情况，提前终止劳动合同的法律效力。协商解除是指双方当事人因某种原因，协商同意提前终止劳动合同的法律效力。

1）双方当事人协商解除劳动合同

《劳动法》第24条规定：经劳动合同当事人协商一致，劳动合同可以解除。《劳动合同法》第36条规定：用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。当事人一方要求解除劳动合同，应当事先向对方提出要求，经双方协商一致，才可以解除，并且应签订劳动合同解除的书面协议。

2）用人单位单方解除劳动合同

用人单位单方解除劳动合同有以下三种情况：

（1）即时解除。即时解除是指用人单位无须以任何形式提前通知劳动者，可随时通知劳动者解除劳动合同。《劳动合同法》第39条规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：①在试用期间被证明不符合录用条件的；②严重违反用人单位的规章制度的；③严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；④劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；⑤因《劳动合同法》第26条第1款第1项规定的情形致使劳动合同无效的；⑥被依法追究刑事责任的。

（2）预告解除。预告解除是指用人单位应提前以书面形式通知劳动者本人或附一定的条件方可解除劳动合同。《劳动合同法》第40条规定，有下列情形之一的，用人单位须提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：①劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；②劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；③劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

（3）经济性裁员。经济性裁员是指用人单位由于经济性原因依照法定条件和程序与劳动者解除劳动合同。《劳动合同法》第41条规定，有下列情形之一，需要裁减人员20人以上或者裁减不足20人但占职工总数10%以上的，用人单位提前30日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：①依照《企业破产法》规定进行重整的；②生产经营发生严重困难的；③企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；④其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，导致劳动合同无法履行的。裁减人员时，应当优先留用下列人员：①与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；②与本单位订立无固定期限劳动合同的；③家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人

的。用人单位依照第41条第1款规定裁员，在6个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

《劳动合同法》第42条规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照《劳动合同法》第40条、第41条的规定解除劳动合同：①从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；②在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；③患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；④女职工在孕期、产期、哺乳期的；⑤在本单位连续工作满15年，且距法定退休年龄不足5年的；⑥法律、行政法规规定的其他情形。

3）劳动者单方解除劳动合同

劳动者单方解除劳动合同有两种情况。

（1）即时解除。即劳动者无须以任何形式提前通知用人单位，可随时通知用人单位解除劳动合同。《劳动合同法》第38条规定，用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：①未按照劳动合同约定提供劳动保护和劳动条件的；②未及时足额支付劳动报酬的；③未依法为劳动者缴纳社会保险费的；④用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；⑤因《劳动合同法》第26条第1款规定的情形致使劳动合同无效的；⑥法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

（2）需预告解除。预告解除是指劳动者应提前以书面形式通知用人单位可解除劳动合同。《劳动合同法》第37条规定，劳动者提前30日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前3日通知用人单位，可以解除劳动合同。

2. 劳动合同的终止

劳动合同的终止，是指符合法律规定或者当事人约定的情形时，劳动合同的效力即行终止。

《劳动合同法》第44条规定，有下列情形之一的，劳动合同终止：①劳动合同期满的；②劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；③劳动者死亡或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；④用人单位被依法宣告破产的；⑤用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；⑥法律、行政法规规定的其他情形。

3. 劳动合同解除和终止的法律效果

劳动合同的解除和终止将导致劳动关系的终结，双方权利义务的消灭。另外，劳动合同的解除和终止将导致经济补偿金的支付。按照《劳动合同法》第46条的相关规定，用人单位在以下几种情形下应当向劳动者支付经济补偿金。

（1）在劳动者单方解除劳动合同的情形下，劳动者依法律规定即时解除劳动合同的。

（2）在协商解除劳动合同的情形下，用人单位先向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的。

（3）在用人单位单方解除劳动合同情形下，用人单位须预告解除劳动合同的。

（4）在用人单位单方解除劳动合同情形下，用人单位依法律规定经济性裁员解除劳动合同的。

（5）在劳动合同终止的情形下，劳动合同期届满时，除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的除外。

（6）在劳动合同终止的情形下，用人单位被依法宣告破产或用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者用人单位决定提前解散而终止劳动合同的。

（7）法律、法规规定的其他情形。

关于经济赔偿金的标准，《劳动合同法》作了明确的规定。《劳动合同法》第47条规定：经济赔偿金按劳动者在本单位工作的年限，每满1年支付1个月工资的标准向劳动者支付。6个月以上不满1年的，按1年计算；不满6个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

13.2.5 违反劳动合同的法律责任

为保障劳动合同合法订立、履行、解除和终止，维护劳动合同制度的顺利运行，保障合同双方当事人的权益，《劳动法》《劳动合同法》规定了违法劳动合同的法律责任，包括用人单位的法律责任和劳动者的法律责任。

1. 用人单位的法律责任

1）劳动合同订立的法律责任

《劳动法》第97条规定：由于用人单位的原因订立的无效合同，对劳动者造成损害的，用人单位应当承担赔偿责任。

《劳动合同法》第81条规定：用人单位提供的劳动合同文本未载明法律规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

《劳动合同法》第82条规定：用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付2倍的工资。用人单位违反法律规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付2倍的工资。

《劳动合同法》第83条规定：用人单位违反法律规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付经济赔偿金。

《劳动合同法》第84条规定：用人单位违反《劳动合同法》规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期返还劳动者本人，并按照有关法律规定给予处罚。用人单位违反《劳动合同法》规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期返还劳动者本人，并以每人500元以上2 000以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

《劳动合同法》第91条规定：用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。

2）劳动合同履行的法律责任

《劳动合同法》第85条规定：用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额50%以上100%以下的标准向劳动者加

付赔偿金。

（1）未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者报酬的。

（2）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的。

（3）安排加班不支付加班费的。

（4）解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济赔偿的。

《劳动合同法》第 88 条规定：用人单位有下列情形之一的，依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

（1）以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的。

（2）违章指挥或者强令冒险作业危及劳动者人身安全的。

（3）侮辱、体罚、殴打、非法搜查或者拘禁劳动者的。

（4）劳动条件恶劣、环境污染严重，给劳动者身心健康造成严重损害的。

3）劳动合同解除和终止的法律责任

《劳动合同法》第 84 条规定，劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人 500 以上 2 000 元以下的标准处以罚款，给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

《劳动合同法》第 89 条规定，用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

《劳动合同法》第 85 条规定，用人单位解除或者终止劳动合同，未依照规定向劳动者支付经济补偿的，由劳动行政部门责令限期支付经济补偿；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额 50%以上 100%以下的标准向劳动者加付赔偿金。

《劳动合同法》第 87 条规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第 47 条规定的经济补偿标准的 2 倍向劳动者支付赔偿金。

2. 劳动者的法律责任

《劳动合同法》第 86 条规定，由于劳动者的过错，导致劳动合同依照法律被确认无效，给对方造成损害的，劳动者应当承担赔偿责任。

《劳动合同法》第 90 条规定，劳动者违法本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

13.2.6 集体合同

1. 集体合同的概念

集体合同是集体协商双方代表根据法律、法规的规定就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项在平等协商一致基础上签订的书面协议。集体合同是工会代表职工或者职工代表与企业或事业组织之间，为改善集体劳动关系而在平等协商基础上签订的集体协议。

2. 集体合同的内容和形式

1）集体合同的内容

集体合同的主要内容包括劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福

利、合同期限、争议解决机制、责任承担等。《劳动合同法》明确规定可以订立专项集体合同、行业性集体合同和区域性集体合同。

2）集体合同的形式

按劳动合同的一般原理和《劳动法》《劳动合同法》的立法精神，集体合同采用书面形式。在集体合同的形式上，一般遵照劳动合同的规定，且集体合同相对于劳动合同而言在形式上更严格，必须采取书面形式。

3. 集体合同的订立、履行、变更、终止和解除

（1）集体合同的订立与生效。集体合同由工会代表职工与企业签订，没有建立工会的企业，由职工推举的代表与企业签订。订立集体合同应当遵循的原则是：遵守法律、法规、规章及国家有关规定；相互尊重、平等协商；诚实守信、公平合作；兼顾双方合法权益；不得采取过激行为。

《劳动法》第34条规定，集体合同签订后应当报送劳动行政部门；劳动行政部门自收到集体合同文本之日起15日内未提出异议的，集体合同即行生效。

（2）集体合同的履行。《集体合同规定》第7条规定，县级以上劳动保障行政部门对本行政区域内用人单位与本单位职工履行集体合同的情况进行监督，并负责审查集体合同或专项集体合同。

（3）集体合同的变更、解除。有下列情形之一的，可以变更或解除集体合同或专项集体合同：

① 用人单位因被兼并、解散、破产等原因，导致集体合同或者专项集体合同无法履行的；

② 因不可抗力导致集体合同或者专项集体合同无法履行的；

③ 集体合同或者专项集体合同约定的变更或解除条件出现的；

④ 法律、法规、规章规定的其他情形。

（4）集体合同的终止。集体合同期限届满或者双方约定的终止条件出现，集体合同即行终止。

（5）集体合同争议处理。集体协商过程中发生争议，双方当事人不能协商解决的，当事人一方或者双方可以以书面形式向劳动保障行政部门提出协调处理申请；未提出申请的，劳动保障行政部门认为必要时也可进行协调处理。

13.2.7 劳务派遣

1. 劳务派遣的概念和特征

劳务派遣是指劳务派遣单位与被派遣劳动者订立劳动合同，与用人单位订立劳务派遣协议，由被派遣劳动者向用人单位给付劳务。在劳务派遣关系中，劳动关系存在于劳务派遣单位与被派遣劳动者之间，但劳动关系的给付事实则发生于被派遣员工与用人单位之间，即劳动力的雇佣和使用分离，这是劳务派遣的最显著的特征。

2. 劳务派遣的相关法律规定

（1）劳动合同用工是我国企业的基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或替代性的工作岗位上实施。

（2）劳务派遣单位与被派遣劳动者订立劳动合同，除应当载明劳动合同的必备条款外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。

（3）劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立2年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资，向其按月支付报酬。

（4）用人单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。

（5）用工单位接受以劳务派遣的形式用工，劳务派遣单位派遣劳动者应当与用工单位订立劳务派遣协议。劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣的劳动者，不得克扣用人单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。劳动派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。

（6）被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。

3. 用人单位应履行的义务

（1）执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护。

（2）告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬。

（3）支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇。

（4）对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所需的培训。

（5）连续用工的，实行正常的工资调整机制。

13.3 劳动基准

劳动基准，即法定最低劳动标准，是指劳动者在劳动关系中所享有劳动条件的最低标准。为了保障劳动者在劳动过程中的合法权益，我国劳动立法对劳动基准作了严格的规定，劳动基准即最低标准，也是法定强制性标准。

13.3.1 工作时间和休息休假

1. 工作时间

工作时间又称劳动时间，是指法律规定的劳动者在一定时间内从事生产工作的小时数。工作时间分为：

（1）日工作时间。我国的标准工作日为每日工作8小时。

（2）周工作时间。劳动者每周工作44小时。

（3）缩短工作时间。是指法律规定对在特殊条件下从事劳动和有特殊情况的职工实行的短于标准工作时间长度的工作时间。缩短工作时间适用于下列劳动者：从事矿山井下作业、高空作业、严重的有毒有害作业、特别繁重和过度紧张体力劳动的劳动者；从事夜班工作的劳动者；哺乳未满一周岁婴儿的女职工；未成年工。

（4）延长工作时间。是指超过标准工作时间的工作时间。《劳动法》第41条规定，用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过1小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间不得超过3小时，但是每月不得超过36小时。

（5）不定时工作时间。是指不受固定工作时数限制的工作时间。适用于工作性质和职业范围不受固定工作时间限制的劳动者。

（6）综合计算工作时间。是指以一定期限为周期，集中安排并综合计算工作时间和休息时间的工作时间。

2. 休息休假

休息休假时间，是指劳动者在国家规定的法定工作时间以外，不从事生产或工作而自行支配的时间。休息休假时间分为：

（1）工作日内间歇时间。是指在工作日内给予劳动者休息和用膳的时间。一般为1～2小时，最少不得少于半小时。

（2）工作日间的休息时间。是指两个邻近工作日之间的休息时间，一般不少于16个小时。

（3）公休假日。又称周休息日，是指劳动者在1周内享有不少于24小时的连续休息时间。星期六和星期日为周休日。

（4）法定节日。按照相关法律规定，我国法定节假日包括元旦、春节、国际劳动节、国庆节、清明节、端午节、中秋节等。

（5）带薪年假。是指员工每年享受的连续休假期间，在年休假期间工资照付，包括基本年休假和补加年休假。《劳动法》第45条以法律形式规定了员工的年休假制度如下：“国家实行带薪休假制度。劳动者连续工作1年以上的，享受带薪年假。”

（6）探亲假。是指劳动者享有保留工作和工资而同分居两地的父母或配偶团聚的假期。

【例题13-3单选题】 方某工作已满15年，2015年上半年在甲公司已休带薪年休假5天；下半年调到乙公司工作，提出补休年休假的申请。乙公司对方某补休年休假申请符合法律规定的答复是（　　）。

A. 不可以补休年休假　　B. 可补休5天年休假

C. 可补休10天年休假　　D. 可补休15天年休假

【答案】 B

3. 加班加点的主要法律规定

加班是指劳动者在法定节日或公休假日从事生产或工作。

（1）一般情况下加班加点的规定。用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过1小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间不得超过3小时，但是每月不得超过36小时。

（2）《劳动法》第42条规定，有下列情形之一的，延长工作时间不受《劳动法》第41条的限制：

① 发生自然灾害、事故或者其他原因，威胁劳动者生命健康和财产安全，或使人民的安全健康和国家资财遭到严重威胁，需要紧急处理的；

② 生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公共利益，必须及时抢修的；

③ 法律、行政法规规定的其他情形。

（3）加班加点的工资标准。《劳动法》第44条规定，有下列情形之一的，用人单位应



当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：

① 安排劳动者延长劳动时间的，支付不低于工资的150%的工资报酬；

② 休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的200%的工资报酬；

③ 法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的300%的工资报酬。

【例题13-4单选题】 某企业实行标准工时制。2015年3月，为完成一批订单，企业安排全体职工每工作日延长工作时间2小时，关于企业向职工支付加班工资的下列计算标准中，正确的是（　　）。

A. 不低于职工本人小时工资标准的100%

B. 不低于职工本人小时工资标准的150%

C. 不低于职工本人小时工资标准的200%

D. 不低于职工本人小时工资标准的300%

【答案】 B

13.3.2 工资

1. 企业基本工资制度

工资制度，是指依法规定的确定工资水平、工资标准、工资形式、工资增长等项办法的总称。企业根据本单位的生产经营特点，自主确定适用于本单位的工资制度。

2. 工资形式

工资形式，是指计量劳动和支付报酬的方式。工资形式主要有计时工资、计件工资、定额工资、浮动工资、奖金、津贴、特殊情况下的工资等形式。

3. 最低工资保障

1）最低工资的概念和范围

最低工资是指劳动者在法定工作时间内提供正常劳动的前提下，用人单位应当支付的最低劳动报酬。

根据国家有关规定，下列各项不得作为最低工资组成部分：(1)加班加点工资；(2)中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境条件下的津贴；(3)国家法律、法规、政策规定的劳动保险、福利待遇等。

2）最低工资支付

《劳动法》第48条规定：用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。最低工资应以法定货币形式支付。

4. 工资支付保障

工资支付保障是为保障劳动者劳动报酬权的实现，防止用人单位滥用工资分配权而制订的有关工资支付的一系列规则。

(1)《劳动法》第50条规定，工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖延劳动者的工资。

(2) 工资应在用人单位与劳动者约定的日期支付。

(3) 劳动者在法定休假日和婚丧假期间以及依法参加社会活动期间，用人单位应当依法支付工资。

(4) 工资应支付给劳动者本人，也可由劳动者家属或委托他人代领，用人单位可委托银行代发工资。

(5) 对代扣工资的限制。用人单位不得非法克扣劳动者工资，有下列情况之一的，用人单位可以代扣劳动者工资。

① 用人单位代扣代缴的个人所得税；

② 用人单位代扣代缴的应由劳动者个人负担的各项社会保险的费用；

③ 法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费；

④ 法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。

5. 对扣除工资金额的限制

(1) 因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可以按照劳动合同的约定要求劳动者赔偿其经济损失。经济损失的赔偿可以从劳动者本人的工资中扣除，但每月扣除金额不得超过劳动者月工资的20%；若扣除后的金额低于当地最低工资标准的，则应按最低工资标准支付。

(2) 用人单位对劳动者的违纪罚款，一般不得超过本人月工资标准的20%。用人单位依法破产时，劳动者有权获得其工资。

【例题13-5单选题】 工人李某给工厂造成经济损失6 000元，工厂要求李某赔偿经济损失，从其每月工资中扣除，已知李某每月工资收入1 100元，当地月最低工资标准900元。根据劳动合同法律制度的规定，该工厂可从李某每月工资中扣除的最高限额是(　　)元。

A. 500　　B. 220　　C. 200　　D. 110

【答案】 C

13.3.3 劳动保护

1. 劳动保护的概念

劳动保护，是指用人单位依法制定的具体防止劳动过程中的事故，减少职业危害的劳动安全卫生规则。

2. 劳动保护制度的内容

1) 劳动安全卫生工作的方针和制度

劳动安全卫生工作的方针是安全第一、预防为主。劳动安全卫生制度包括安全生产责任制度、安全技术措施计划制度、劳动安全卫生教育制度、劳动安全卫生检查制度、劳动安全卫生监督制度、伤亡事故和职业病统计报告处理制度。

2) 女职工的特殊劳动保护

女职工特殊劳动保护是指根据女职工的生理特点和抚育后代的需要，对其在劳动过程中的安全健康所采取的有别于男子的特殊保护。

根据《劳动法》等相关法律的规定，对女职工的特殊劳动保护包括以下内容：

(1) 禁止女职工从事有害妇女健康的劳动。《劳动法》第59条规定：禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。

(2) 对女职工四期(经期、孕期、产期、哺乳期)的保护。《劳动法》第60条规定：不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力强度的劳动。

《劳动法》第61条规定：不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动。对怀孕7个月以上的女职工，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。《劳动法》第62条规定：女职工生育享受不少于90天的产假。第63条规定：不得安排女职工在哺乳未满一周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

(3) 女职工劳动保护的其他措施，如建立女职工卫生室、孕妇休息室、哺乳室等。

3) 未成年工的特殊劳动保护

未成年工特殊劳动保护是指根据未成年人的生长、发育特点和其接受义务教育的需要，对其在劳动法律关系中所应享有的特殊权益的保护。

根据《劳动法》等相关法律的规定，对未成年工的特殊劳动保护包括以下内容：

(1) 禁止安排未成年工从事有害未成年人健康成长的劳动。

《劳动法》第64条规定：不得安排未成年人从事矿山井下、有毒有害、国家规定的第四级体力强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。

(2) 禁止安排未成年工延长工作时间和进行夜班作业。

(3) 对未成年工进行定期健康检查。

(4) 不得安排未成年工从事接触职业病危害的作业。

13.4 劳动争议

13.4.1 劳动争议概述

劳动争议是指劳动双方当事人因实现劳动权利和履行劳动义务而发生的纠纷。劳动争议的当事人是指劳动争议当事人双方，即劳动法律关系中权利的享有者和义务的承担者。当事人可以委托1～2名律师或其他人代理参加仲裁活动。

我国目前处理劳动争议的机构如下：

(1) 企业劳动争议仲裁委员会。企业劳动争议仲裁委员会是负责调解本企业内部劳动争议的群众性组织，调解委员会由职工代表、企业行政代表和企业工会委员会代表组成。

(2) 地方劳动争议仲裁委员会。县、市、市辖区设立仲裁委员会，负责本行政区域内的劳动争议。仲裁委员会是处理劳动争议的专门机构。

(3) 地方人民法院。劳动争议当事人对仲裁委员会的裁决不服、进行起诉的案件，人民法院予以受理。

13.4.2 劳动争议的处理

1. 个人劳动争议的处理

《劳动法》第77条规定，用人单位与劳动者发生劳动争议，当事人可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼，也可以协商解决。第78条规定，劳动争议发生后，当事人可以向本单位劳动争议调节委员会申请调解；调解不成，当事人一方要求仲裁的，可以向劳动争

议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。

2. 集体合同争议的处理

《劳动法》第84条规定，因签订集体合同发生争议，当事人协商解决不成的，当地人民政府劳动行政部门可以组织有关各方协调处理。因履行集体合同发生争议，当事人协商解决不成的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院提起诉讼。

3. 劳动争议解决的主要途径

（1）调解。劳动争议仲裁委员的组成：员工代表、公司代表、工会代表。与员工达成的调解协议必须是自愿执行。这个协议没有法律强制力，不可以向法院申请强制执行。不过，当事人在劳动争议调节委员会主持下达成的具有劳动权利义务内容的调解协议，具有劳动合同的约束力，可以作为人民法院裁判的依据。当事人在劳动调解委员会主持下仅就劳动报酬争议达成调解协议，用人单位不履行调解协议确定的给付义务，劳动者直接向人民法院起诉的，人民法院可以按照普通民事纠纷受理。

（2）仲裁。对于仲裁裁决，当事人均没有反对，应执行。如有一方不服裁决，应在收到裁决书后15日内向法院提起诉讼。仲裁裁决在作出后15天开始生效，仲裁裁决可以向法院申请强制执行。

（3）诉讼。劳动争议产生后，员工不能直接向法院提起诉讼，必须先经过劳动争议仲裁程序。《劳动法》第83条规定，劳动争议当事人对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院提起诉讼。一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以申请人民法院强制执行。

我国实行二审制。对一审不服可向二审法院上诉。在一审中，对作出的劳动仲裁裁决，如果员工提出支付工资等情况，法院可视情况先予执行仲裁裁决。

13.4.3 劳动争议申诉的法定期限

劳动争议申诉的法定期限指的是劳动争议仲裁时效，即当事人因劳动争议纠纷要求保护其合法权利，必须在法定的期限内向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请。

《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》第23条明确规定，当事人应当从知道或者应当知道其权利被侵害之日起6个月内，以书面形式向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。但是，《劳动法》第82条对此进行了修正，规定以60日为限，并将仲裁时效的起算点从“知道或者应当知道其权利被侵害之日起”改为“劳动争议发生之日起”计算。除因不可抗力或者其他正当理由超过申请仲裁时效的，劳动争议仲裁委员会应当受理外，属于其他理由未在法定期限内申诉，超过申诉时效的，劳动争议仲裁委员会则依法一概不予受理。

本章小结

本章我们系统地介绍了劳动法与劳动合同法。在劳动法概述中，包括劳动法的概念、基本原则和立法概况。在劳动合同法部分，主要包括以下内容：劳动合同的概念，劳动合同的订立与生效，劳动合同的履行、变更、终止和解除以及集体劳动合同等。在劳动基准部分中，按照《劳动法》及相关的法律规定，介绍劳动基准即法定最低劳动标准。劳动基准包括工作时间基准、休息休假基准、工资基准、劳动安全卫生基准、女工和未成年工保护基准等多方面的内容。最后阐述了劳动争议的处理和申诉的法定期限。

重要概念

劳动法(Labor Law)、劳动合同法(Labor Contract Law)、劳动合同(Labor Contract)、劳动关系(Labor Relation)、劳动监察(Labor Inspection)



案例分析

范某1997年毕业于北京大学历史系，在都江堰某民办学校任语文教师。因为他在博客中披露自己在汶川大地震时最先跑出教室而成为当时的热点人物，人称“范跑跑”或“先跑老师”。也正因此，范某所在的学校对其发出解聘的正式书面通知。

问题：请问学校是否能就范某在其博客上的言辞而解聘范某呢？

分析与启示：从法律角度分析，范某与都江堰某民办学校显然已经建立劳动关系，“范某所在的学校确实已对其发出解聘的正式书面通知”，即学校已经单方解除了劳动合同 《劳动合同法》规定，用人单位单方解除劳动合同需有法定的理由，符合法定的程序 用人单位可单方解除劳动合同的法定理由如下：

(1) 过失性解除。即第39条，劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

① 在试用期间被证明不符合录用条件的；

② 严重违反用人单位的规章制度的；

③ 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

④ 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

⑤ 因本法第26条第1款第1项规定的情形致使劳动合同无效的；

⑥ 被依法追究刑事责任的。

(2) 非过失性解除。即第40条，有下列情形之一的，用人单位提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

① 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

② 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

③ 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

(3) 裁员。即第41条，有下列情形之一，需要裁减人员20人以上或者裁减不足20人但占企业职工总数10%以上的，用人单位提前30日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁

减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：

① 依照企业破产法规定进行重整的；

② 生产经营发生严重困难的；

③ 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；

④ 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

本案中范某并无《劳动合同法》第39条可解除劳动合同的法定情形，也无第40条规定的情形，用人单位也非依法裁员，因此，用人单位解除劳动合同显然没有法律依据。另外，从程序上看，根据《劳动合同法》第43条之规定，用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。从目前媒体所报道的情况看，本案不管从实体上还是程序上都存在问题，学校涉嫌违法解除劳动合同。《劳动合同法》第48条规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第87条规定支付赔偿金。范某如果选择要求继续履行劳动合同，学校应当继续履行，当然，范某也可以选择要求学校支付违法解除劳动合同的赔偿金。

课后习题



一、简答题

1. 简述劳动合同订立的原则。
2. 简述用人单位和劳动者单方解除劳动合同的情况。
3. 简述劳动合同无效的原因。
4. 简述劳动合同的解除和终止。
5. 女职工的特殊劳动保护有哪些？
6. 未成年工的特殊劳动保护有哪些？
7. 简述劳动争议解决的主要途径。

二、不定项选择题

1. 周某于2014年4月11日进入甲公司就职，经周某要求，公司于2015年4月11日才与其签订劳动合同。已知周某每月工资2 000元，已按时足额领取。甲公司应向周某支付工资补偿的金额是(　　)元。

A. 0　　B. 2 000　　C. 22 000　　D. 24 000

2. 韩某在甲公司已工作10年，经甲公司与其协商同意解除劳动合同。已知韩某在劳动合同解除前12个月平均工资为7 000元，当地人民政府公布的本地区上年度职工平均工资为2 000元。甲公司应向韩某支付的经济补偿金额是(　　)元。

A. 20 000　　B. 24 000　　C. 60 000　　D. 70 000

3. 孙某与甲公司签订了为期3年的劳动合同，月工资1 200元(当地最低月工资标准为800元)。期满终止合同时，甲公司未向孙某提出以不低于原工资标准续订劳动合同的意图。甲公司应向孙某支付的经济赔偿金额为(　　)元。

A. 800　　B. 1 200　　C. 2 400　　D. 3 600

4. 根据劳动合同法律制度的规定，下列情形中，职工不能享受当年年薪休假的

有(　　)。

A. 依法享受寒暑假，其休假天数多于年休假天数的

B. 请事假累计20天以上，且按单位规定不扣工资的

C. 累计工作满1年不满10年的，请病假累计2个月以上的

D. 累计工作满20年以上，请病假累计满3个月的

5. 某公司拟与张某签订为期3年的劳动合同，关于该合同试用期约定的下列方案中，符合法律制度的有(　　)。

A. 不约定试用期　　B. 试用期1个月

C. 试用期3个月　　D. 试用期6个月

6. 根据劳动合同法律制度的规定，下列情形中，劳动者可以单方面与用人单位解除劳动合同的有(　　)。

A. 用人单位未为劳动者缴纳社会保险费

B. 用人单位未及时足额支付劳动报酬

C. 用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护

D. 用人单位未按照劳动合同约定提供劳动条件

7. 根据劳动合同法律制度的规定，下列情形中，可导致劳动合同关系终止的有(　　)。

A. 劳动合同期满　　B. 劳动者达到法定退休年龄

C. 用人单位被依法宣告破产　　D. 女职工在哺乳期

8. 张某2010年8月进入甲公司工作，公司按月支付工资。至年底公司尚未与张某签订劳动合同。关于公司与张某之间劳动关系的下列表述中，正确的有(　　)。

A. 公司与张某之间可视为不存在劳动关系

B. 公司与张某之间可视为已订立无固定期限劳动合同

C. 公司应与张某补订书面劳动合同，并支付工资补偿

D. 张某可与公司终止劳动关系，公司应支付经济补偿

9. 根据劳动合同法律制度的规定，下列各项中，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，用人单位与劳动者应当订立无固定期限劳动合同的情形有(　　)。

A. 劳动者在该用人单位连续工作满10年的

B. 连续订立2次固定期限劳动合同，继续续订的

C. 国有企业改制重新订立劳动合同，劳动者在该用人单位连续工作满5年且距法定退休年龄不足15年的

D. 用人单位初次实行劳动合同制度，劳动者在该用人单位连续工作满10年且距法定退休年龄不足10年的

10. 根据劳动合同法律制度的规定，下列各项中，可导致劳动合同终止的情形有(　　)。

A. 劳动合同期满　　B. 用人单位决定提前解散

C. 用人单位被依法宣告破产　　D. 劳动者达到法定退休年龄

三、案例分析题

1. 2015年1月，吴某被聘为某商场的营业员，并与该商场签订了为期两年的劳动合同，合同规定：

吴某需先交200元风险抵押金，如果吴某违约，则200元押金不再退还。吴某试用期为6个月，试用期每月工资为1 200元，试用期满后每月工资1 800元。合同还规定，如果吴某严重违反商场的劳动纪律或者患病住院、怀孕等，商场有权立即解除劳动合同，并且不需要给吴某任何经济补偿。请分析该劳动合同存在哪些违反《劳动法》的地方。

2. 2015年3月某印刷厂招收数名照排车间工人，待业人员王某前去应聘。王某基本条件符合招聘要求，但因深度近视，不符合招聘的视力要求，遂让其相貌近似的亲妹妹顶替体检，其妹左右眼视力分别为1.5和1.0，符合招聘条件。王某被招聘后，即与印刷厂签订劳动合同，合同试用期为2个月。王某上岗后，该厂发现其在工作中屡出差错，并发现误差原于视力不好，便对王某的视力进行复查，王某的实际视力仅为0.3和0.4，远远低于岗位要求。2015年6月经调查王某承认让其胞妹顶替的事实。2015年7月，印刷厂提出与王某解除劳动合同，王某不同意并向当地劳动争议仲裁委员会提请仲裁。王某诉称："在应聘上确有弄虚作假，但入厂后工作勤奋，虽不适合照排工作但仍可胜任其他工作。原订劳动合同有效且该劳动合同规定的试用期已过，双方可以变更合同继续履行。"

试分析：(1)该劳动合同是否有效？为什么？

(2) 用人单位解除劳动合同的条件是什么？印刷厂解除与王某的劳动合同有无法律根据？

(3) 王某提出的变更劳动合同的要求有无法律依据？

(4) 本案应如何处理？

第 14 章 经济仲裁与经济诉讼

学习目标

通过本章的学习，要求学生了解仲裁、仲裁法的概念、特征、原则，仲裁庭的组成方式及仲裁开庭程序；掌握仲裁的适用范围有关规定；掌握仲裁协议的概念、仲裁协议的无效规定；了解诉讼、民事诉讼的概念；掌握诉讼的适用范围、诉讼时效的规定；掌握民事诉讼管辖范围的相关规定。

课前案例

甲公司与乙公司签订了一份加工承揽合同，合同约定6个月后，甲工厂将成品交给乙公司，乙公司收货后1个月内付清款项，6个月后，甲工厂按期将成品交付乙公司，但乙公司迟迟不付货款，拖欠近4个月。甲工厂多次找乙公司请求其支付货款并赔偿损失，乙公司认为甲工厂加工的成品质量不合格不予支付货款。后经双方协商达成书面仲裁协议，一周后，甲工厂向协议书约定的仲裁委员会申请仲裁，乙公司却向合同履行地人民法院提起诉讼，人民法院未予受理。

问：(1)本案应由谁受理？

(2) 双方在发生纠纷后达成的书面仲裁协议是否成立？为什么？

(3) 如果乙公司提出仲裁协议无效，应当由谁来裁定？

14.1 仲 裁 法

14.1.1 仲裁与仲裁法的概念

1. 仲裁的概念

仲裁是经济纠纷的各方在争议发生前或争议发生后达成协议，自愿将其争议事项交给共同选定的仲裁机构，依法定程序对纠纷作出具有约束力的裁决的活动。仲裁既不同于司法、行政途径，也不同于人民调解委员会的调解和当事人的自行和解。仲裁具有以下特征：

(1) 仲裁以双方当事人自愿协商为基础。没有双方当事人达成的仲裁协议，仅凭一方当事人的意愿是无法将争议提交仲裁解决的，仲裁机构也无权对争议作出裁决。因此，仲裁是最能充分体现当事人意思自治原则的争议解决方式。

（2）仲裁由双方当事人自愿选择的中立第三者（仲裁机构）进行裁判。

（3）仲裁裁决对双方当事人都具有约束力。仲裁裁决虽然是由民间组织作出的，但同法院的裁判一样，具有法律效力。

2. 仲裁的原则

仲裁的原则是指在仲裁过程中仲裁机构和当事人应当遵循的活动准则。根据《仲裁法》规定，包括以下几个方面：

（1）自愿原则。当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。

（2）依法仲裁原则。仲裁应当根据事实，符合法律规定，公平合理地解决纠纷。

（3）独立仲裁原则。仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

（4）一裁终局原则。仲裁庭的裁决为终局裁决。裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或向人民法院起诉的，仲裁委员会和法院都不予受理。裁决被人民法院依法裁定撤销或者不予执行的，当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

【例题 14－1 问答题】 甲、乙两公司因合同纠纷向某市仲裁委员会申请仲裁。仲裁庭作出仲裁后，甲公司不服，拟再次申请仲裁，或向法院起诉。试分析甲公司是否可以再次申请仲裁或向法院起诉？

3. 仲裁法的概念

仲裁法是国家制定和确认仲裁制度的法律规范的总称。包括专项的仲裁法、其他法律法规中包括仲裁法律规定的部分、国家缔结和参加的国际公约或双边协定中有关仲裁的规定，以及仲裁机构的章程和规则。

我国于 1994 年 8 月 31 日第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过了《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》），自 1995 年 9 月 1 日起施行。

14.1.2 仲裁机构

1. 仲裁委员会

根据《仲裁法》第 10 条的规定，仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。仲裁委员会由可以设立仲裁委员会的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建，并经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系。

仲裁委员会由主任 1 人、副主任 2～4 人和委员 7～11 人组成。仲裁委员会的主任、副主任和委员由法律、经济贸易专家和有实际工作经验的人担任。仲裁委员会的组成人员中，法律、经济贸易专家不得少于总人数的 2/3。

仲裁委员会应当从公道正派的人员中聘任仲裁员。仲裁员应当符合下列条件之一：①从事仲裁工作满八年的；②从事律师工作满八年的；③曾任审判员满八年的；④从事法律研究、教学工作并具有高级职称的；⑤具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。仲裁委员会按照不同专业设仲裁员名册。

2. 仲裁协会

中国仲裁协会是社会团体法人。中国仲裁协会实行会员制，各仲裁委员会是中国仲裁协会的法定会员。中国仲裁协会是仲裁委员会的自律性组织。设立仲裁协会，应向民政部申请登记。中国仲裁协会经民政部登记后成立，并取得社会团体法人资格。仲裁协会应有自己的章程。中国仲裁协会章程由全国会员大会制定。

14.1.3 仲裁的适用范围

第一，在我国并不是所有的民事案件都可以仲裁，只有平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。

第二，下列纠纷不能提请仲裁：①关于婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷；②依法应当由行政机关处理的行政争议。

第三，下列纠纷由别的法律予以调整：①劳动争议的仲裁；②农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷的仲裁。

14.1.4 仲裁协议

1. 仲裁协议的概念

仲裁协议，是指双方当事人愿意将他们之间可能发生或已经发生的争议提交仲裁机构进行仲裁的协议。仲裁机构是社会性的纠纷解决机构，在性质上属于民间团体。当事人通过仲裁协议的形式授予了仲裁机构进行仲裁的权力。仲裁协议是双方授予仲裁机构仲裁权的合意。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。

【例题 14-2 单选题】 甲公司与乙公司签订了一份大豆买卖合同，双方约定若发生争议由仲裁机关仲裁。后来甲公司违约，乙公司根据仲裁协议向仲裁机关申请仲裁，该仲裁机关接受了申请并立案，向甲公司发出了通知书。甲公司拒绝接受仲裁，向本地法院起诉。则该合同纠纷应当由(　　)解决。

A. 仲裁机关　　B. 人民法院

C. 仲裁机关或人民法院　　D. 双方协商

【答案】 A

2. 仲裁协议的形式和内容

《仲裁法》第 16 条规定，仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面形式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。

在仲裁实践中，采用书面形式是对仲裁协议的基本要求。仲裁协议可以是当事人在合同中订立的仲裁条款，也可以是以其他书面形式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。

《仲裁法》第 16 条规定，仲裁协议应当具有下列内容：

（1）请求仲裁的意思表示：即当事人双方同意将争议提交仲裁解决的共同愿望。

（2）仲裁事项：即当事人双方提交仲裁的争议范围。

（3）选定的仲裁委员会：即明确约定仲裁事项由哪一个仲裁委员会进行仲裁。

仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协

议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。

3. 仲裁协议的效力

有效的仲裁协议表现在对当事人双方的约束力，可以排除人民法院就同一争议的主管权，而使约定的仲裁机构取得处理该争议的权利。

仲裁协议一经依法成立，即具有法律约束力。仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。

当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。

当事人达成仲裁协议的效力有异议的，应当在仲裁庭首次开庭前提出。

当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，人民法院应当驳回起诉，但仲裁协议无效的除外；另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理。

【例题 14-3 单选题】 中宝公司与三君公司签订了一份合同，合同中订有仲裁条款，后双方协议解除了原合同，两个月后，中宝公司与三君公司因合同已履行的部分提起诉讼。下列说法中正确的是(　　)。

A. 仲裁条款仍然有效，应由仲裁委员会进行仲裁

B. 合同解除后，仲裁条款自然失效，应由人民法院受理

C. 由人民法院作出裁定仲裁条款是否有效

D. 由仲裁委员会作出裁定仲裁条款是否有效

【答案】 A

4. 仲裁协议的无效情形

不符合仲裁协议的内容和形式要求的仲裁协议都是无效的。根据《仲裁法》的规定，有下列情形之一的，仲裁协议无效：

(1) 口头形式约定的仲裁协议。

(2) 约定的事项超出了仲裁的范围。

(3) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人签订的仲裁协议。

(4) 仲裁协议对仲裁事项或仲裁委员会没有约定或者约定不明确，当事人又达不成补充协议的，仲裁协议无效。

(5) 一方采取胁迫手段，迫使对方订立的仲裁协议无效。

(6) 当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁，另一方在仲裁庭首次开庭前提出异议的除外。

(7) 仲裁协议约定两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。

(8) 仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的，该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。

14.1.5 仲裁程序

1. 仲裁申请

仲裁申请，是指合同纠纷或财产权益纠纷的一方当事人根据仲裁协议，将所发生的争议依法请求仲裁机构进行仲裁的意思表示。当事人申请仲裁是仲裁程序开始的前提，但并不必然引起仲裁程序的开始。仲裁机构对仲裁申请进行审查，符合法定条件的予以受理，否则不予受理。

根据我国《仲裁法》第 21 条的规定，当事人申请仲裁，必须符合一定的条件，这些条件包括：

（1）存在有效的仲裁协议。

（2）有具体的仲裁请求和事实、理由。

（3）属于仲裁委员会的受理范围。

当事人申请仲裁，应当向仲裁委员会递交仲裁协议、仲裁申请书及副本。仲裁申请书应当载明下列事项：①当事人的姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住所，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；②仲裁请求和所根据的事实、理由；③证据和证据来源、证人姓名和住所。这一规定明确了当事人申请仲裁，必须采用书面方式。而仲裁申请书即为这一书面方式的具体表现形式。

2. 审查与受理

审查与受理是仲裁委员会的一项重要的仲裁活动。

根据《仲裁法》的规定，仲裁委员会自收到仲裁申请书之日起 5 日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知当事人；认为不符合受理条件的，应当书面通知当事人不予受理，并说明理由。

仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在仲裁规则规定的期限内将仲裁规则和仲裁员名册送达申请人，并将仲裁申请书副本和仲裁员名册送达被申请人。被申请人收到仲裁申请书副本后，应当在仲裁规则规定的期限内将答辩书副本送达申请书。被申请人未提交答辩书的，不影响仲裁程序的进行。

3. 仲裁庭的组成

仲裁庭是指由当事人选定或者仲裁委员会主任指定的仲裁员组成的，对当事人申请仲裁的案件依仲裁程序进行审理并作出裁决的组织形式。

1）仲裁庭的组成形式

仲裁庭可以由 3 名仲裁员或者 1 名仲裁员组成。由 3 名仲裁员组成的，设首席仲裁员。

当事人约定由 3 名仲裁员组成仲裁庭的，应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员。当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的，由仲裁委员会主任指定。仲裁庭组成后，仲裁委员会应当将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

2）仲裁员的回避制度

仲裁员的回避是指符合法定回避情形的仲裁员退出仲裁案件审理的一项制度。

（1）仲裁员回避的法定情形。仲裁员有下列情形之一的，必须回避，当事人也有权提出回避申请：①是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；② 与本案有利害关系；③ 与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；④私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

（2）回避的形式。

第一，自行回避。仲裁员的自行回避，应当向仲裁委员会提出。该仲裁员是否回避，由仲裁委员会主任决定；仲裁委员会主任担任仲裁员时的自行回避，由仲裁委员会集体决定。

第二，申请回避。当事人认为仲裁员具有应当回避的事由，有权提出要求该仲裁员回避的申请。当事人提出回避申请，应当说明理由，并在首次开庭前提出。回避事由在首次开庭后知道的，可以在最后一次开庭终结前提出。当事人的回避申请既可以用书面形式提出，也可以用口头形式提出。

（3）仲裁员回避的法律后果。仲裁员因回避不能履行职责的，应当依照《仲裁法》的规定重新选定或者指定仲裁员，重新选定或者指定仲裁员后，当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行，但是否准许，由仲裁庭决定。仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序是否重新进行。

4. 仲裁审理和裁决

仲裁审理是仲裁庭按照法律规定的程序和方式，对当事人交付仲裁的争议事项作出裁决的活动。仲裁审理的主要任务是审查、核实证据，查明案件事实，分清是非责任，正确适用法律，确认当事人之间的权利义务关系，解决当事人之间的纠纷。

1）仲裁审理的方式

仲裁审理的方式可以分为开庭审理和书面审理两种。

（1）开庭审理。仲裁应当开庭进行。在仲裁庭的主持下，在双方当事人和其他仲裁参与人的参加下，按照法定程序，对案件进行审理并作出裁决。《仲裁法》在规定仲裁的开庭审理原则的同时，又规定仲裁不公开进行。当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密的除外。

仲裁委员会应当在仲裁规则规定的期限内将开庭日期通知双方当事人。当事人有正当理由的，可以在仲裁规则规定的期限内请求延期开庭。是否延期，由仲裁庭决定。

申请人经书面申请，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请。被申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

（2）书面审理。如果当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料做出裁决。书面审理是开庭审理的必要补充。

2）仲裁裁决

仲裁裁决是指仲裁庭对当事人之间所争议的事项进行审理后所做出的终局权威性判定。仲裁裁决的作出，标志着当事人之间纠纷的最终解决。

（1）仲裁裁决作出的方式。仲裁裁决是由仲裁庭作出的。独任仲裁庭进行的审理，由独任仲裁员作出仲裁裁决；合议仲裁庭进行的审理，则由3名仲裁员集体作出仲裁裁决。由合议仲裁庭作出仲裁裁决时，按多数仲裁员的意见作出仲裁裁决。仲裁庭不能形成多数

意见时，按照首席仲裁员的意见作出。

(2) 仲裁裁决的效力。裁决书自作出之日起发生法律效力。其效力体现在：当事人不得就已经裁决的事项再行申请裁决，也不得就此提起诉讼；仲裁机构不得随意变更已生效的仲裁裁决；其他任何机关或个人均不得变更仲裁裁决；仲裁裁决具有执行力。

3）仲裁调解

仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。

调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果，由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，即发生法律效力。

在调解书签收前当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

4）仲裁和解

当事人申请仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书，也可以撤回仲裁申请。

当事人达成和解协议，撤回仲裁申请后反悔的，可以根据仲裁协议申请仲裁。

5）撤销仲裁裁决

(1) 撤销仲裁裁决的规定。我国《仲裁法》规定，仲裁实行一裁终局制，然而，由于受到各种因素的影响，有些仲裁裁决也不可避免地可能出现不同程度的偏差或错误。《仲裁法》中设置撤销仲裁裁决这种程序监督机制，对确保仲裁裁决的合法性和正确性，具有非常重要的意义。

(2) 撤销仲裁裁决的理由。根据仲裁法规定，当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起6个月提出。当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

① 没有仲裁协议的；

② 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；

③ 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；

④ 裁决所根据的证据是伪造的；

⑤ 对方当事人隐瞒了足以影响公正判决的证据的；

⑥ 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。

人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。

6）仲裁裁决的执行

裁决书一经作出，当事人应当履行裁决。一方当事人不履行的，另一方当事人可以依据《民事诉讼法》的有关规定向人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。一方当事人申请执行裁决，另一方当事人申请撤销裁决的，人民法院应当裁定中止执行。人民法院裁定撤销裁决的，应当裁定终结执行。撤销裁决的申请被裁定驳回的，人民法院应当裁定恢复执行。

7）仲裁裁决的不予执行

人民法院在裁决的执行程序中，被申请人提出证据证明仲裁裁决有法定不应执行的情

形的，经人民法院组成合议庭审查核实后，裁定不予执行。

（1）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的。

（2）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。

（3）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的。

（4）认定事实的主要证据不足的。

（5）适用法律确有错误的。

（6）仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

14.2 民事诉讼

14.2.1 诉讼的基础知识

1. 诉讼的概念

诉讼是指国家司法机关依照法律规定，在当事人和其他诉讼参与人的参加下，依法解决纠纷的活动。民事诉讼是指人民法院在双方当事人和其他诉讼参与人参加下，审理和解决民事案件的活动，以及由这些活动所发生的诉讼关系。1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）在2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议修正，并于2008年4月1日起施行。

2. 诉讼的特征

（1）诉讼是由多方主体参加而形成的一种活动。法院、控告方、被告是必不可少的三方之外，还可能有代理人、辩护人、受害人、证人、鉴定人、翻译人员参与其中，共同完成或协助完成诉讼活动。

（2）诉讼是各种主体严格依法进行的活动。

（3）诉讼一定要有诉讼请求。

（4）诉讼是由许多个诉讼程序和诉讼阶段组成。诉讼程序通常可分为审判程序和执行程序，审判程序又包括一审程序、二审程序、再审程序等。

（5）诉讼终结所形成的裁决具有法律约束力。人民法院依法作出的裁判，一旦生效就具有强制性，即当事人必须按它的内容无条件执行，否则当事人将要承担法律责任。

3. 民事诉讼的适用范围

（1）因民法、婚姻法、收养法、继承法等调整的平等主体之间的财产关系和人身关系发生的民事案件。

（2）因经济法、劳动法调整的社会关系发生的争议，法律规定适用民事诉讼程序审理的案件。

（3）适用特别程序审理的选民资格案件和宣告公民失踪、死亡等非讼案件。

（4）按照督促程序解决的债务案件。

（5）按照公示催告程序解决的宣告票据和有关事项无效的案件。

4. 审判制度

1）合议制度

合议制度指由3名以上审判人员组成审判组织，人民法院审理第一审民事案件，除适用简易程序审理的民事案件，由审判员一人独任审判外，一律由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。人民法院审理第二审民事案件，由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数必须是单数。

2）回避制度

回避制度是指参与诉讼活动的审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人等是本案的当事人或当事人、诉讼代理人的近亲属，或者与本案有利害关系或者与本案当事人有其他关系可能影响公正审理的，可以口头或书面申请他人回避。回避制度是保证案件获得公正审理的制度。

3）公开审判制度

公开审判制度是指法院对案件的审理过程和判决结果向群众、社会公开的制度。公开审判包括审判过程公开和审判结果公开两项。依照法律的规定，除不予公开和可以不公开审理的案件外，一律依法公开审理。不论案件是否公开审理，一律公开宣告判决。

4）两审终审制度

两审终审制度指一个案件经过两级人民法院审理即告终结的法律制度。如果当事人对地方各级人民法院审理的第一审案件所作出的判决和裁定不服，可以依法向上一级人民法院提起上诉，要求上一级人民法院对案件进行第二次审判；经第二审人民法院对案件进行审理，所作出的判决和裁定是终审判决和裁定，当事人不服不得再提起上诉。最高法院作出的一审判决、裁定为终审判决、裁定。

5. 诉讼时效

诉讼时效是指权利人不在法定期间行使权利而失去诉讼保护的制度。诉讼时效期间分为：

1）普通诉讼时效

《民法通则》第135条规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年，法律另有规定的除外。

2）特别诉讼时效

《民法通则》第136条规定，诉讼时效期间为1年的有下列四种情况：身体受到伤害要求赔偿的；出售质量不合格的商品未声明的；延付或者拒付租金的；寄存财物被丢失或者损毁的。

3）最长诉讼时效

《民法通则》第137条规定，诉讼时效期间从当事人知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过20年的，人民法院不予保护。

有特殊情况的，法院可以延长诉讼时效期间。

超过诉讼时效期间，当事人自觉履行的，不受诉讼时效限制。

【例题14-4问答题】 张某与房东李某商定租赁其一间商铺1年，租期为2014年9月1日至2015年9月1日。先预付半年租金，第6个月期满时（2015年2月28日）再支付其余租金。经履行法定程序后，

张某按期搬入商铺。但2015年2月28日，张某并未支付其余租金。2015年8月，张某在仍未支付其余租金的情况下突然搬出李某的房屋，不知去向。李某从未向张某追要过其余租金。请分析：李某为有效保护自己的权益，应在什么时间内主张自己的权利？

4）诉讼时效的开始

《民法通则》第137条规定，诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。最长保护期限是从权利被侵害之日起开始计算。

5）诉讼时效的中止

诉讼时效的中止，是指在时效进行中，因出现了法定事由，致使权利人不能行使权利，因而暂停计算诉讼时效期间，待中止事由消除后，继续计算诉讼时效期间。暂停的一段时间不计入诉讼时效期间之内，而合并计算中止前后的期间。

6）诉讼时效的中断

诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时，诉讼时效期间重新计算。

14.2.2 管辖范围

民事案件的管辖，是指确定各级人民法院之间和同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。我国民事诉讼法规定的民事案件的管辖，包括级别管辖、地域管辖、裁定管辖。

1. 级别管辖

级别管辖，是指上下级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。确定不同级别的人民法院管辖第一审民事案件的主要依据是：案件的性质、案件影响的大小、诉讼标的的金额的大小等。我国人民法院实行“四级两审制”。

（1）基层人民法院管辖除民事诉讼法规定以外的第一审民事案件。

（2）中级人民法院管辖下列第一审案件：重大涉外案件；在本辖区有重大影响的案件；最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。

（3）高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审案件。

（4）最高人民法院管辖下列第一审案件：在全国有重大影响的案件；认为应当由本院审理的案件。

2. 地域管辖

地域管辖，是指同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。

1）一般地域管辖

一般地域管辖，又称普通管辖，是指以当事人住所所在地为标准来确定管辖法院。这种管辖通常实行“原告就被告”的原则。即民事诉讼由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

“原告就被告”原则的例外。下列民事诉讼，由原告住所地人民法院管辖，原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖：①对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼；②对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身

份关系的诉讼；③对被劳动教养的人提起的诉讼；④对被监禁的人提起的诉讼。

2）特殊地域管辖

特殊地域管辖，又称特别地域管辖，是指以诉讼标的所在地或者引起民事法律关系发生、变更、消灭的法律事实所在地为标准确定的管辖。《民事诉讼法》第24条至第33条，规定了特殊地域管辖的九种情形：

（1）因合同纠纷提起的诉讼，由被告所在地或者合同履行地人民法院管辖。

（2）因保险合同纠纷提起的诉讼，由被告所在地或者保险标的物所在地人民法院管辖。

（3）因票据纠纷提起的诉讼，由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。

（4）因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。

（5）因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖；侵权行为地包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。

（6）因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼，由事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖。

（7）因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼，由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖。

（8）因海难救助费用提起的诉讼，由救助地或被救助船舶最先到达地人民法院管辖。

（9）因共同海损提起的诉讼，由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地的人民法院管辖。

【例题14－5多选题】 甲公司与乙保险公司发生保险合同纠纷，根据《民事诉讼法》的规定，甲公司在起诉乙公司时，可以选择的人民法院有（　　）。

A. 合同履行地人民法院

B. 合同标的物所在地人民法院

C. 被告住所地人民法院

D. 合同签订地人民法院

【答案】 BC

3）专属管辖

专属管辖，是指某一类案件根据法律规定必须由一定的法院管辖。下列案件实行专属管辖：因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要财产所在地人民法院管辖。

4）共同管辖

共同管辖，是指依照法律规定两个或者两个以上的人民法院对同一诉讼案件都有管辖权。如果原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉，由最先立案的人民法院管辖。

5）协议管辖

协议管辖，又称合意管辖或者约定管辖，是指双方当事人在纠纷发生前或发生之后，以合意方式约定解决他们之间纠纷的管辖法院。

3. 裁定管辖

人民法院以裁定的方式确定案件的管辖，称为裁定管辖。包括移送管辖、指定管辖、

管辖权的转移。

1）移送管辖

移送管辖，是指已经受理案件的人民法院，因发现本法院对该案件没有管辖权，而将该案件移送给有管辖权的人民法院审理。受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的，应当报请上级人民法院指定管辖，不得再自行移送。

2）指定管辖

指定管辖，是指上级人民法院根据法律规定，以裁定的方式，指定其辖区内的下级人民法院对某一具体民事案件行使管辖权的制度。

3）管辖权的移转

管辖权的移转，是指经上级人民法院的决定或者同意，将某一案件的诉讼管辖权由下级人民法院移转给上级人民法院，或者由上级人民法院移转给下级人民法院。

14.2.3 审判程序

1. 第一审程序

1）起诉与受理

起诉必须符合以下条件：①原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；②有明确的被告；③有具体的诉讼请求和事实、理由；④属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本。起诉状应当记明下列事项：①当事人的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位和住所，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；②诉讼请求和所根据的事实与理由；③证据和证据来源，证人姓名和住所。

人民法院对符合起诉条件的，必须受理；对下列起诉，分别情形，予以处理：①依照行政诉讼法的规定，属于行政诉讼受案范围的，告知原告提起行政诉讼；②依照法律规定，双方当事人对合同纠纷自愿达成书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁；③依照法律规定，应当由其他机关处理的争议，告知原告向有关机关申请解决；④对不属于本院管辖的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉；⑤对判决、裁定已经发生法律效力的案件，当事人又起诉的，告知原告按照申诉处理，但人民法院准许撤诉的裁定除外；⑥依照法律规定，在一定期限内不得起诉的案件，在不得起诉的期限内起诉的，不予受理。

2）审理前的准备

人民法院应当在立案之日起5日内将起诉状副本发送被告，被告在收到之日起15日内提出答辩状。被告提出答辩状的，人民法院应当在收到之日起5日内将答辩状副本发送原告。被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

人民法院对决定受理的案件，应当在受理案件通知书和应诉通知书中向当事人告知有关的诉讼权利义务，或者口头告知。

合议庭组成人员确定后，应当在3日内告知当事人。

审判人员必须认真审核诉讼材料，调查收集必要的证据。人民法院派出人员进行调查时，应当向被调查人出示证件。

人民法院在必要时可以委托外地人民法院调查。委托调查，必须提出明确的项目和要求。受委托人民法院可以主动补充调查。

必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当通知其参加诉讼。

3）开庭审理

（1）开庭审理。开庭审理是指人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下，按照法定的方式和程序对案件进行全面审查并作出裁判的诉讼活动。开庭审理以公开审理为原则，不公开审理为例外。根据《民事诉讼法》第120条的规定，人民法院审理民事案件，除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外，应当公开进行。离婚案件，涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。

开庭审理时审判长应依照法定顺序，进行如下诉讼活动：①核对当事人。主要是对当事人的姓名、性别、年龄、住址和职业加以核对。如果是法定代理人出庭，应核对他与被代理人的关系。如有委托代理人出庭，应审查其授权委托书及其代理权限。如果是法定代理人出庭，应审查其身份证明书。②宣布案由。核对当事人后，宣布案由，即宣布审理什么案件。③宣布审判人员、书记员名单。④告知当事人有关的诉讼权利和义务。这是保障诉讼当事人平等行使诉讼权利的具体表现，以使当事人在诉讼中充分行使诉讼权利和履行诉讼义务。⑤询问当事人是否申请回避。如当事人申请回避，应依照民事诉讼法规定加以解决。

（2）法庭调查。法庭调查是开庭审理的中心阶段，其主要任务是审查核实各种诉讼证据，对案件进行直接的、全面的调查。法庭调查按照下列顺序进行：①当事人陈述；②告知证人的权利义务，证人作证，宣读未到庭的证人证言；③出示书证、物证和视听资料。④宣读鉴定结论；⑤宣读勘验笔录。

（3）法庭辩论。法庭辩论是当事人就如何认定事实和适用法律进行辩论。当事人可以根据法庭调查的材料，对于证据的证明力、事实的认定，以及适用什么法律及理由，向法庭提出自己结论性的意见。法庭辩论的目的，是使案件的事实及当事人之间的是非曲直进一步明朗化。法庭辩论按照下列顺序进行：①原告及其诉讼代理人发言；②被告及其诉讼代理人答辩；③第三人及其诉讼代理人发言或者答辩。④互相辩论。法庭辩论终结，由审判长按照原告、被告、第三人的先后顺序征询各方最后意见。

4）判决与裁定

判决是指法院对案件实体问题的判定，影响的是当事人的实体权利和义务。根据民事诉讼法的规定，开庭审理无论是否公开，宣告判决一律公开进行。当庭宣判的，应当在10日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书。宣告判决后，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉法院。

判决书应当写明：①案由、诉讼请求、争议的事实和理由；②判决认定的事实、理由和适用的法律依据；③判决结果和诉讼费用的负担；④上诉期间和上诉的法院。判决书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。

裁定是指人民法院对案件程序问题作出的决定，影响的是当事人的诉讼权利，对当事人的实体权利无影响。裁定适用于下列范围：①不予受理；②对管辖权有异议的；③驳回起诉；④财产保全和先予执行；⑤准许或者不准许撤诉；⑥中止或者终结诉讼；⑦补正判决书中的笔误；⑧中止或者终结执行；⑨不予执行仲裁裁决；⑩不予执行公证机关赋予强

制执行效力的债权文书；⑪其他需要裁定解决的事项。对前述不予受理、对管辖权有异议的、驳回起诉的裁定，可以上诉。

裁定书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。口头裁定的，记入笔录。

2. 第二审程序

1）第二审程序的概念

第二审程序，又称上诉程序，是指诉讼当事人不服地方各级人民法院未生效的第一审判决、裁定，在法定期限内提起上诉，请求上一级人民法院进行审判，上级人民法院对当事人的上诉案件进行审理所适用的法律程序。人民法院适用第二审程序对上诉案件审理后所作的判决、裁定，是终审判决、裁定，当事人不得上诉。

2）第二审程序的程序

（1）上诉时间。当事人不服地方人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起15日内向上一级人民法院提起上诉；当事人不服地方人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。

（2）上诉状。上诉应当递交上诉状，上诉状的内容应当包括当事人的姓名、法人的名称及其法定代表人的姓名或者其他组织的名称及其主要负责人的姓名；原审人民法院名称、案件的编号和案由；上诉的请求和理由。上诉状应当通过原审人民法院提出，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本。当事人直接向第二审人民法院上诉的，第二审人民法院应当在5日内将上诉状移交原审人民法院。原审人民法院收到上诉状，应当在5日内将上诉状副本送达对方当事人，对方当事人在收到之日起15日内提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起5日内将副本送达上诉人。对方当事人不提出答辩状的，不影响人民法院审理。原审人民法院收到上诉状、答辩状，应当在5日内连同全部案卷和证据，报送第二审人民法院。

（3）第二审的审理。第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷和调查，询问当事人，在事实核对清楚后，合议庭认为不需要开庭审理的，也可以径行判决、裁定。第二审人民法院审理上诉案件，可以在本院进行，也可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形分别处理：①原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判决；②原判决适用法律错误的，依法改判；③原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；④原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。当事人对重审案件的判决、裁定，可以上诉。

3. 审判监督程序

1）审判监督程序的概念

审判监督程序，又称再审程序，是指对已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，人民法院认为确有错误，对案件再行审理的程序。审判监督程序只是纠正生效判决错误的法定程序，它不是案件审理的必经程序。

2）审判监督程序的程序

各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误的，认为需

要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。

最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审，但不停止判决、裁定的执行。当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：①有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；②原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；③原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；④原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的；⑤对审理案件需要的证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的；⑥原判决、裁定适用法律确有错误的；⑦违反法律规定，管辖错误的；⑧审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；⑨无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；⑩违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；⑪未经传票传唤，缺席判决的；⑫原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；⑬据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定的情形，或者审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊，枉法裁判行为的，人民法院应当再审。

4. 督促程序

1）督促程序的概念

督促程序，又称债务催偿程序，是指人民法院根据债权人的申请，向债务人发出支付令，催促债务人在法定期限内向债权人清偿债务的法律程序。

2）督促程序的程序

债权人请求债务人给付金钱、有价证券，符合下列条件的，可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令：①债权人与债务人没有其他债务纠纷的；②支付令能够送达债务人的。申请书应当写明请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实、证据。

债权人提出申请后，人民法院应当在5日内通知债权人是否受理。

人民法院受理申请后，经审查债权人提供的事实、证据，债权、债务关系明确、合法的，应当在受理之日起15日内向债务人发出支付令；申请不成立的，裁定予以驳回。

债务人应当自收到支付令之日起15日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。债务人在规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。

人民法院收到债务人提出的书面异议后，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效，债权人可以起诉。

5. 公示催告程序

1）公示催告程序

公示催告程序，是指票据持有人在票据被盗、遗失或者灭失的情况下，人民法院根据当事人的申请，以公告的方式催告利害关系人在一定期间内申报权利，如果逾期无人申报，根据申请人的申请，依法作出除权判决的程序。

2）公示催告的审理

（1）停止支付与公告。申请人应当向人民法院递交申请书，写明票面金额、出票人、持票人、背书人等票据主要内容和申请的理由、事实。人民法院决定受理申请，应当同时通知支付人停止支付，并在 3 日内发出公告，催促利害关系人申报权利。公示催告的期间，由人民法院根据情况决定，但不得少于 60 日。支付人收到人民法院停止支付的通知，应当停止支付，至公示催告程序终结。公示催告期间，转让票据权利的行为无效。

（2）申报权利。申报权利，是指公示催告的利害关系人在指定期间内，向人民法院主张票据权利的行为。利害关系人应当在公示催告期间向人民法院申报。人民法院收到利害关系人的申报后，应当裁定终结公示催告程序，并通知申请人和支付人，作出判决，宣告票据无效。

（3）除权判决。除权判决是指人民法院作出的宣告票据无效的判决。

本章小结

仲裁是经济纠纷的各方在争议发生前或争议发生后达成协议，自愿将其争议事项交给共同选定的仲裁机构，依法定程序对纠纷作出具有约束力的裁决的活动。民事诉讼是指人民法院在双方当事人和其他诉讼参与人参加下，审理和解决民事案件的活动，以及由这些活动所发生的诉讼关系。经济仲裁部分我们系统性地介绍了仲裁的概念、基本原则，仲裁的适用范围，仲裁协议的概念、内容，并重点讲解了仲裁协议的相关内容。经济诉讼部分我们讲解了诉讼的概念、特征、适用范围，诉讼时效的相关知识，介绍了一审程序、二审程序、审判监督程序、督促程序、公示催告程序的相关知识。

重要概念

仲裁（Arbitration）、仲裁协议（Arbitration Agreement）、仲裁委员会（The Arbitration Commission）、诉讼（Litigation）、民事诉讼（Civil Litigation）、一审程序（The First Trial Procedure）、诉讼时效（Right of Claim）、审判监督程序（The Procedure for Trial Supervision）



案例分析

案情：位于武汉市的 A 公司与位于濮阳市的 B 公司订立了一份买卖水果的合同，合同约定如果发生纠纷，由位于武汉市的经济仲裁委员会进行仲裁。后来在合同执行过程中发生了纠纷，并由武汉市仲裁委员会进行仲裁，鉴于该案的社会影响比较大，该仲裁委员会决定公开审理，但 A 公司表示反对。该仲裁委员会作出裁决后，A 公司不服，表示准备向法院起诉，B 公司则要求 A 公司履行裁决书。由于 A 公司很长时间不履行仲裁裁决书，B 公司便申请该仲裁委员会执行，但被仲裁委员会拒绝。

请根据仲裁法的有关规定回答下列问题：

（1）两公司约定由武汉市的经济仲裁委员会仲裁是否合法？为什么？

（2）A 公司反对仲裁委员会公开审理是否正确？为什么？

（3）A 公司能否向法院起诉？为什么？

（4）该仲裁委员会拒绝 B 公司的执行申请是否正确？为什么？

分析与启示：(1) 约定是合法的。这里应该区别仲裁与诉讼。在诉讼中有级别管辖与地域管辖的限制，当事人一般不能另行选择管辖法院；而在仲裁中，没有级别管辖和地域管辖的限制，由当事人约定选择仲裁委员会。所以两公司约定由武汉市的经济仲裁委员会仲裁是合法的。

(2) A公司可以反对。因为仲裁原则上应当不公开进行，但如果当事人约定公开的，只要不涉及国家秘密，也可以公开进行，这与诉讼不同，诉讼原则上应公开进行。

(3) 不能起诉。这是诉讼与仲裁的重要区别，诉讼实行两审终审制，当事人对一审判决不服一般可以上诉。仲裁实行一裁终局原则，裁决书作出后即产生法律效力，既不能再向其他仲裁机构申请仲裁，也不能向法院申请执行。

(4) 正确。一方当事人不履行仲裁裁决书的，另一方当事人只有向有管辖权的人民法院申请执行而不能向仲裁委员会申请执行。

课后习题

一、简答题

1. 什么是仲裁？仲裁的优势体现在哪里？
2. 什么是诉讼？
3. 民事仲裁与民事诉讼的区别是什么？

二、不定项选择题

1. 陈某与刘某二人达成如下协议：双方如就祖传字画的继承权发生争议，则提交双方所在地以外的仲裁委员会(北京市仲裁委员会)进行裁决，并将自动履行其裁决。后双方果然在继承问题上发生争议，双方解决争议的可行法律途径是(　　)。

A. 只能向有管辖权的人民法院起诉

B. 只能申请北京市仲裁委员会仲裁

C. 只能申请双方或一方住所地仲裁委员会仲裁

D. 既可以向有管辖权的法院起诉，也可以申请仲裁

2. 甲、乙因合同纠纷申请仲裁，仲裁庭对案件判决未能形成一致意见，关于该案件仲裁裁决的下列表述中，符合法律规定的有(　　)。

A. 应当按照多数仲裁员的意见作出裁决

B. 应当由仲裁庭达成一致意见作出裁决

C. 仲裁庭不能形成多数意见时，按照首席仲裁员的意见作出裁决

D. 仲裁庭不能形成一致意见时，提请仲裁委员会作出裁决

3. 当事人双方订立仲裁协议，遇有(　　)情形该协议无效。

A. 无民事行为能力人订立的仲裁协议

B. 一方采取胁迫、欺诈手段迫使对方订立仲裁协议

C. 协议中约定的仲裁机构并不存在

D. 法人之间为解除非合同的财产权益纠纷订立的仲裁协议

4. 下列各项中，符合我国《仲裁法》规定的有(　　)。

A. 仲裁实行自愿原则

B. 仲裁一律公开进行

C. 仲裁不实行级别管辖和地域管辖

D. 当事人不服仲裁裁决可以向人民法院起诉

5. 甲、乙发生合同纠纷，继而对双方事先签订的仲裁协议效力发生争议。甲提请丙仲裁委员会确认仲裁协议有效，乙提请丁法院确认仲裁协议无效。关于确定该仲裁协议效力的下列表述中，符合法律规定的是（　　）。

A. 应由丙仲裁委员会对仲裁协议的效力作出决定

B. 应由丁法院对仲裁协议的效力作出裁定

C. 应根据甲、乙提请确认仲裁协议效力的时间先后来确定由仲裁委员会决定或由丁法院裁定

D. 该仲裁协议自然失效

6. 根据《民法通则》的规定，出售质量不合格的商品未声明的，诉讼时效期间为（　　）。

A. 1年　　B. 2年　　C. 3年　　D. 4年

7. 北京的甲公司与长沙的乙公司于2014年6月1日在上海签订了一买卖合同。合同约定，甲公司向乙公司提供一批货物，双方应于2014年12月1日在厦门交货付款。双方就合同纠纷管辖权未作约定。其后，甲公司依约交货，但乙公司拒绝付款。经交涉无效，甲公司准备对乙公司提起诉讼。根据《民事诉讼法》的关于地域管辖的规定，下列各地方的人民法院中，对甲公司拟提起的诉讼有管辖权的有（　　）。

A. 北京　　B. 长沙　　C. 上海　　D. 厦门

8. 根据我国有关法律的规定，因票据纠纷提起诉讼，享有诉讼管辖权的法院有（　　）。

A. 原告住所地法院　　B. 票据支付地法院

C. 被告住所地法院　　D. 票据出票地法院

9. 根据我国法律的相关规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为（　　）。

A. 1年　　B. 2年　　C. 3年　　D. 4年

10. 根据《仲裁法》规定，平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的（　　）纠纷可以申请仲裁。

A. 合同纠纷　　B. 财产权益纠纷

C. 监护权纠纷　　D. 婚姻纠纷

三、案例分析题

甲市某实业公司与乙市某化工厂签订购销合同一份，合同规定由化工厂向实业公司提供某化工产品50吨，总价款12万元。合同的仲裁条款规定："因履行本合同时质量发生争议，由双方协商解决；协商不成的，提交仲裁机构仲裁。"后来，双方在履行合同时因质量和价款问题发生争议，化工厂准备向设在乙市的仲裁委员会申请仲裁，实业公司不同意在乙市仲裁，并及时与化工厂交涉。经协商，双方重新签订了仲裁协议，商定将此合同争议提交设在丙市的仲裁委员会仲裁。但是，在向丙市仲裁委员会申请仲裁前，实业公司已向法院提起诉讼，起诉时未声明有仲裁协议。化工厂对此也未提出异议，并参加了法院的第一次开庭审判活动，但在第二次开庭时化工厂却提出法院对此案无管辖权，理由是双方已有仲裁

协议。法院审查了化工厂的异议，认为原仲裁协议有效，遂裁定终结诉讼程序，由当事人协议约定的仲裁机构管辖此案纠纷。后来，在仲裁过程中，丙市的仲裁委员会没有公开审理此案，并且认为实业公司与化工厂之间达成的仲裁协议无效，但仍依据合同纠纷时所达成的仲裁协议继续仲裁。在仲裁委员会作出仲裁裁决后，化工厂对仲裁裁决不服，向人民法院提出诉讼，人民法院裁定不予受理。在对仲裁裁决强制执行过程中，通过收集证据，化工厂向法院提交证据证明仲裁裁决认定事实的主要证据不足。

根据上述资料，分别回答下列问题：

(1) 合同的仲裁条款是否有效？并说明理由。

(2) 发生争议后签订的仲裁协议是否有效？若当事人对仲裁协议的效力发生争议，应向何机构寻求解决？

(3) 第二次开庭审理时，化工厂才提出有仲裁协议，因此法院没有管辖权。对此情况法院应该如何处理？为什么？

(4) 丙市仲裁委员会没有公开仲裁，是否正确？该仲裁委员会认为当事人之间的购销合同无效但仍然继续仲裁的做法是否正确？为什么？

(5) 人民法院裁定不予受理是否合法？为什么？

(6) 当事人向法院提出证据证明仲裁裁决认定事实的主要证据不足，人民法院应该如何处理？

(7) 若在提交丙市仲裁委员会仲裁时，双方又自行和解，达成了和解协议。在此情况下，双方能否请求仲裁庭根据和解协议做出裁决书？双方是否可以撤回仲裁申请？若撤回仲裁申请后又后悔了，还能否根据仲裁协议重新申请仲裁？

(8) 若做出裁决书后，一方不在规定的期限内履行，另一方可否向人民法院起诉？

(9) 若仲裁委员会不仅对质量问题争议作出仲裁，而且对价款争议也作出了裁决，双方若不服，有何解决手段？